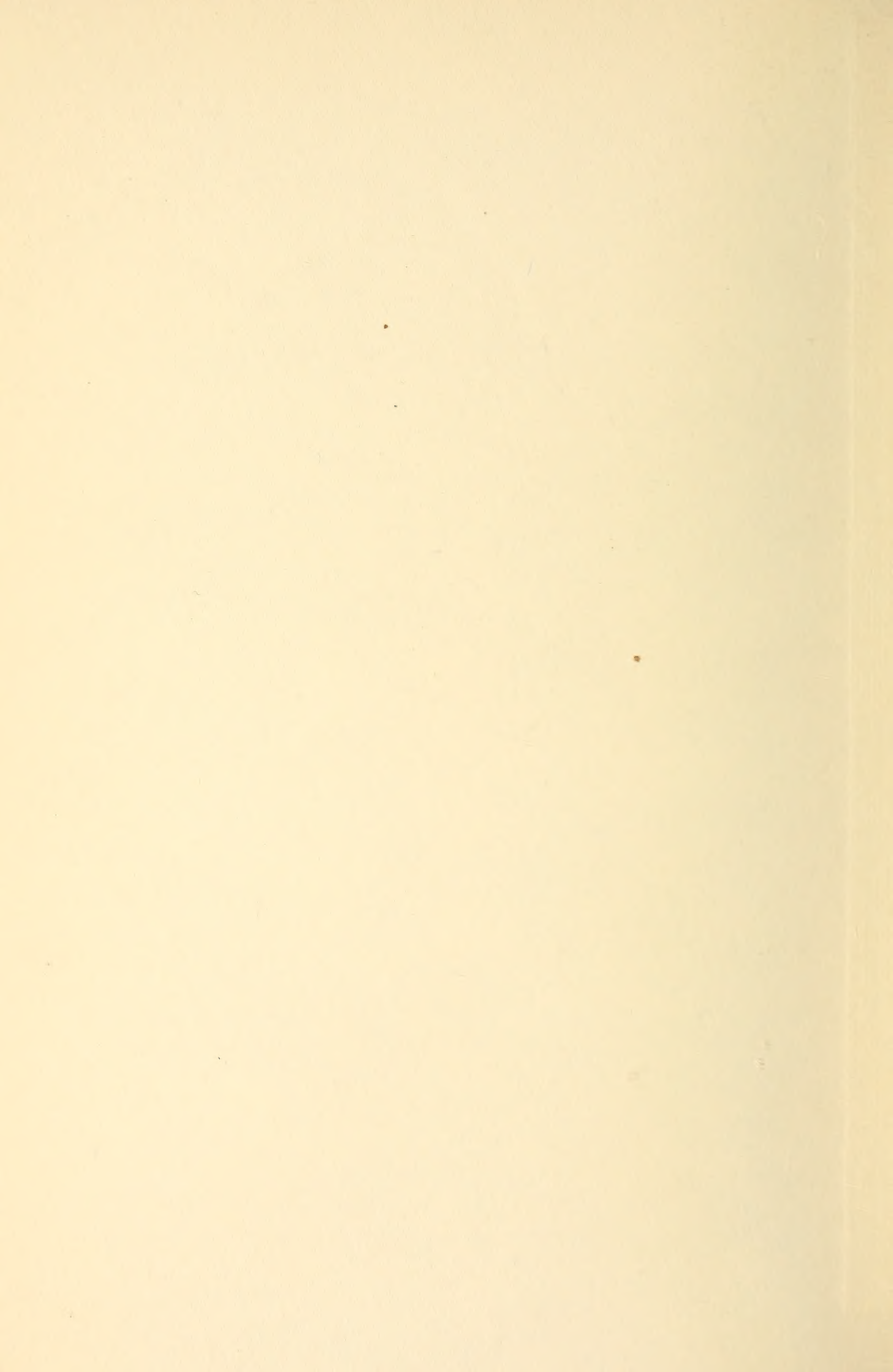


Josef Kohler

Lehrbuch der Rechtsphilosophie

Dritte Auflage







JOSEF KOHLER

Lehrbuch der Rechtsphilosophie

Dritte Auflage

neu bearbeitet und herausgegeben

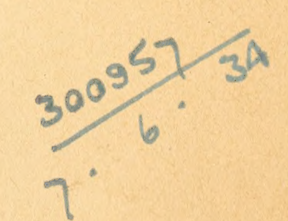
von

DR. ARTHUR KOHLER

Landgerichtsdirektor in Berlin.

Solange die Rechtswissenschaft sich nicht auf einen neuen Boden stellt, nämlich auf die Historien- und die Völker-Vergleichung, wird es bei dem unnützen Kampfe von grundfalschen Abstraktionen verbleiben, welche heute sich als „Philosophie des Rechts" vorstellen und die sämtlich vom gegenwärtigen Menschen abgezogen sind.

Nietzsche, Wille zur Macht 744
(Taschenausgabe X S. 18).



Berlin-Grunewald
Dr. Walther Rothschild
1923.

Printed in Germany.

Druck von Hoffmann & Reiber in Görlitz.

Vorrede zur dritten Auflage.

Mein unvergeßlicher Vater schrieb keine neuen Auflagen, sondern neue Bücher. Bei Werken, deren Erscheinungsjahre weit auseinanderliegen, wie bei dem in zweiter Auflage als „Warenzeichenrecht" herausgekommenen „Recht des Markenschutzes" und beim „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" ist dies nicht verwunderlich. Aber selbst in rascherer Folge erschienene Veröffentlichungen, wie die Beiträge zur Holtzendorff-Kohlerschen „Encyklopädie der Rechtswissenschaft" und sogar die fünf Auflagen der „Einführung in die Rechtswissenschaft", gestaltete der Meister jedesmal um. Zweifellos hätte er auch die dritte Auflage dieses Werkes vollständig neu gefaßt, wie er es bei der zweiten Auflage getan hat, zumal sich bei ihm manche Anschauung unter den Stürmen des Weltkrieges gewandelt hatte. Er hätte wohl auch den etwas kurz geratenen Abschnitt über den Strafprozeß erweitert und des ganz unerwähnt gebliebenen internationalen Privat- und Strafrechts gedacht, zumal er noch das Werk über das internationale Strafrecht veröffentlicht hat.

Aber ihm, dem einzigen Manne, der diese völlige Neufassung vermocht hätte, ist das Herz gebrochen über das Unglück des Vaterlandes. Bei der persönlichen Eigenart des Werkes kam eine sachliche Neubearbeitung durch Andere überhaupt nicht in Betracht. Als der Herr Verleger wegen einer neuen Auflage an mich herantrat, war mir darum klar, daß der materielle Inhalt und die Systematik nicht angetastet werden dürften, aber auch nicht der einzigartig lebendige Stil. Zu erwägen waren nur ein unveränderter Neudruck oder eine rein formelle Überarbeitung und Ergänzung.

Ich habe mich für letzteres entschieden. Der Gedankenflug Josef Kohlers war so hoch, daß er auf formelle Dinge vielfach nicht achtete. „Er wollte eine Blume nach der anderen pflücken, wie er sie sprießen sah; so fehlte ihm die Ruhe, bei der einzelnen zu verweilen," sagt Ernst Heymann in seiner gedankenreichen Gedächtnisrede. Formell war das Werk durchaus verbesserungsfähig; es litt an einer gewissen Unübersichtlichkeit, insbesondere der staatsrechtliche Teil, der darum wohl auch nicht die gebührende Beachtung gefunden hat. Die Gedankenfülle des Buches trat nicht genügend zutage. Der Inhalt konnte plastischer geformt werden.

Mir ward das große Glück zuteil, lange Jahre unter Anleitung des herrlichen Mannes arbeiten zu dürfen. Ich habe ihm beispielsweise bei den einzelnen Auflagen der „Einführung“, dem „Grundriß des Zivilprozesses“ und dem „Leitfaden des Strafrechts“, aber auch sonst, viel geholfen. Meine daher stammende Vertrautheit mit Kohlerschen Gedankengängen gab mir den Mut, an eine formelle Umarbeitung dieses Werkes heranzugehen, bei dessen beiden früheren Auflagen ich aus äußeren Gründen nicht mitgewirkt hatte. Die Vertrautheit ist noch verstärkt worden durch die Ordnung des Nachlasses im Josef-Kohler-Archiv (Dokumentensammlung Darmstaedter der Preußischen Staatsbibliothek)[1]) und durch die Bearbeitung einer ganz ausführlichen Bibliographie, an der ich — unter Zugrundelegung der kurzen, von mir im Jahre 1903 im Juristischen Literaturblatt (Bd. 15 S. 177 ff.) ohne Namensnennung veröffentlichten Zusammenstellung — seit dem Tode des Meisters tätig gewesen bin.

So habe ich das Werk in kleine übersichtliche Abschnitte gegliedert, insbesondere durchlaufend paragraphiert, den Paragraphen kurze Inhaltsangaben vorausgeschickt und die Seiten mit Seitenüberschriften versehen, aber auch viele Umstellungen vorgenommen, Wiederholungen gestrichen, die „Beigaben“, die lediglich nachträgliche Zusätze waren, in den Text verwoben, den Groß- und Kleindruck anders verteilt, viel Sperrdruck verwendet, die Titel, auf die Josef Kohler nie großen Wert legte, vielfach verändert und die Verweisungen auf andere Stellen des Werkes und auf Kohlersche Schriften stark vermehrt. Von größeren Umstellungen erwähne ich nur die aus S. 31 ff., 48 ff. der zweiten Auflage zusammengestellte Darstellung des Systems des Neuhegelianismus in § 15 und die Neufassung des Abschnittes über das Menschheitsrecht, §§ 189 ff. Der Leser hat aber nach Vorstehendem überall, von Formalien abgesehen, nur rein Josef Kohlerschen Text vor sich[2]). In der als Anhang beigegebenen Übersicht der Philosophen und Rechtsphilosophen habe ich keine neuen Namen beigefügt, da ein Vergleich der ersten und zweiten Auflage ergibt, daß die Namen mit Vorbedacht einseitig ausgewählt, und nicht etwa einzelne vergessen sind; die Beifügung von Mawerdi und den spanischen Naturrechtslehrern und die Weglassung von Marx in der zweiten Auflage sind in dieser Beziehung charakteristisch. Dagegen habe ich ein neues eingehendes Register, in Namen- und Sachregister getrennt, angeschlossen.

Bei dieser Art der Bearbeitung leiteten mich vor allem zwei Gesichtspunkte: Ich ging einmal davon aus, daß das Buch ein Lehrbuch ist, d. h. auch für Anfänger bestimmt ist, und daher durchweg klar und

[1]) Ich bin für Überlassung aller für das Wirken Josef Kohlers bedeutsamer Dokumente an das Archiv, insbesondere seiner Briefe im Original oder zur Fertigung von Abschriften, sehr dankbar; die Übersendung erbitte ich an mich persönlich (Berlin W 15, Olivaer Platz 7) oder an die Dokumentensammlung Darmstaedter der Staatsbibliothek in Berlin C 2.

[2]) Die wenigen Notizen Josef Kohlers finden sich in einem Nachtrag.

übersichtlich sein müsse. Es soll wie von Josef Kohler im Kolleg vorgetragen wirken. Der Meister pflegte seinen Vortrag in Hauptausführungen und nähere Erläuterungen zu scheiden; dies ist durch die Verteilung des Groß- und Kleindrucks nachzuahmen versucht.

Weiter aber war für mich bestimmend, daß das Buch, als die nach Jahrzehnten herangereifte Frucht tiefgründiger philosophischer und universalrechtshistorischer Studien, ähnlich wie der Abschnitt „Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte“ in der Encyklopädie, „Einführung in die Rechtswissenschaft“, „Das Recht“, „Moderne Rechtsprobleme“, „Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart“ und „Das Recht der orientalischen Völker [3]), einen Schlüssel bietet zu dem ungeheuren Lebenswerke Josef Kohlers, das bei aller Vielseitigkeit und Verzweigung eine bewundernswerte Einheit bildet; daher waren die zahlreichen Verweisungen auf andere Kohlersche Arbeiten, insbesondere die eben genannten Werke, die das Lehrbuch vielfach ergänzen, notwendig. Ganz mit Unrecht hat man bei den früheren Auflagen bemängelt, daß die eingestreuten Verweisungen auf eigene Schriften zu zahlreich seien. Sie waren im Gegenteil nicht zahlreich genug. Eine Ergänzung wird die erwähnte Bibliographie bilden. Leider mußte ich die weitere Beschäftigung mit ihr wegen dienstlicher Überlastung stark einschränken. Sie wird aber jetzt aufs Gründlichste von Herrn Privatdozenten Dr. Günther Holstein in Bonn weiterbearbeitet, der ein unmittelbarer Schüler Josef Kohlers ist, sich in die Welt seiner Werke eingelebt hat, und dem ich auch für viele Ratschläge bei Herausgabe dieses Werkes, insbesondere einzelne bibliographische Zusätze, verpflichtet bin. Es wird noch lange dauern, bis das Lebenswerk Josef Kohlers ausgewertet sein wird [4]). Darum wird auch sein Lehrbuch der Rechtsphilosophie nie veralten.

— — — — — — — — — — — —

Mit besonderer Wehmut gedenke ich heute des seltenen Mannes. Mit ihm, dem großen Naturfreund, durfte ich vor zwölf Jahren von hier den prächtig geformten Großglockner und den Pasterzengletscher schauen. Voll Begeisterung schrieb er hier sein Vorwort zum Warenzeichenrecht. Damals war ein herrlicher Sommertag. Heute ist's trübe und neblig wie die Zeit, in der wir Deutsche leben.

Glocknerhaus, am 3. August 1922, am Tage der dritten Wiederkehr von Josef Kohlers Tod.

Arthur Kohler.

[3]) Näheres über diese Schriften im Anhang.

[4]) Über Kohlers Rechtsphilosophie insbesondere vgl. „J. Kohler als Rechtsphilosoph“ von Berolzheimer, Philos. Wochenschr. 1, 5—20, 1906; „Kohlers Philosophie und Rechtslehre“ von J. Castillejo y Duarte, aus dem Spanischen übersetzt von Sternberg, Arch. f. Rechtsph. 4, 56—71, 1911; „Kohler und Hegel“ von Leonhard, Arch. f. Rechtsph. 15, 1—11, 1921. Vgl. im übrigen Encyklopädie, 7. Aufl. S. 14 Anm. 3 und meine Bibliographie der hauptsächlichen Würdigungen Josef Kohlers Arch. f. Rechtsph. 15, S. 12 f.

Vorrede zur ersten Auflage.

Die philosophischen Ideen, die seit 30 Jahren in mir herangereift sind und nach langen Studien der alten und neueren Philosophie und nach Durchforschung des Rechtes der verschiedenen Völker eine feste Gestalt angenommen haben, suche ich hier in einem System darzulegen. Ich tue dies mit um so größerer Freude, als die Vorlesungen über Rechtsphilosophie und vergleichende Rechtswissenschaft an der hiesigen Universität von jeher ganz besonders der Gegenstand meines Interesses und meiner Zuneigung gewesen sind. Was vor 30 Jahren kaum zu ahnen war, ist nun Wirklichkeit geworden: der Sinn für Rechtsphilosophie ist neu erwacht, und das rechtsphilosophische Bewußtsein unserer Juristen ist neu aufgekeimt. Daß der bloße Historismus nicht frommt, daß das einfache Kleben an dem Praktischen unser juristisches Denken erniedrigt, daß die bloße Konstruktion des vorhandenen Rechtes nicht ausreicht, das alles hat sich in den letzten Jahrzehnten aufs Offenkundigste gezeigt. Schon die vielen gesetzespolitischen Probleme mußten es klarlegen, daß der Positivismus im Rechte haltlos ist, und wer Rechtspolitik treiben will, der ist schon halb und halb auf dem Gebiete der Philosophie; denn wer Rechtspolitik mit Geschichte verbindet, der weiß sofort, daß jede Zeit ihre Erfordernisse hat und den an sie gestellten Aufgaben entsprechen soll. Das Studium der Rechtsaufgaben der verschiedenen Zeiten und die Erforschung der Mittel und Wege, wie man ihnen zu genügen suchte, führt uns aber sofort auf die Probleme der Kultur- und Rechtsentwickelung und zeigt uns deutlich, welche Fülle von Ideen sich im Leben der Völker hervorringen, als Ergebnis der ungeheuren seelischen Arbeit, welche die Menschheit in ihrer Gesamtheit zu leisten vermag. Hierdurch gewinnt die Rechtsgeschichte ein ganz anderes Ansehen, und wir erkennen in ihr das Walten der Idee.

Über der ganzen Menschheit waltet die Einheit des Geistes und aus dem Allwesen ringt sich die Entwickelung hervor; so haben es die größten Denker aller Zeiten ausgesprochen, von den Vedantaphilosophen, von den persischen Sufiten bis auf Averroes, Eckehart und Hegel. Im Gedanken dieser Einheit gewinnt die Rechtsphilosophie ihre höhere Weihe, und die übermenschliche Leistung Hegels tritt nach erfolgter Läuterung wieder in den Gang der Ereignisse ein, nachdem die Philosophie und damit auch die Rechtsphilosophie ein paar Jahrzehnte geschlummert hat.

Der Materialismus ist tot; es lebe die Philosophie des Geistes.

Berlin, Oktober 1908.

Josef Kohler.

Vorrede zur zweiten Auflage.

Die zweite Auflage dieses Buches ist in den Stürmen des Weltkrieges entstanden, aus denen die Menschheit geläutert hervorgehen und sicher unser großes Deutschland, der Hort des Idealismus und der Mittelpunkt geistiger Schöpfungskraft, die Stellung erlangen wird, welche ihm in der Weltkultur gebührt. Ein Rückblick auf das, was vor acht Jahren geschrieben war, zeigte mir deutlich, daß, abgesehen von einigen Betrachtungen im Völkerrecht, sich unsere Rechtsphilosophie vollständig bewährt hat. Ist es doch der Neuhegelianismus, der aus dem Urquell des menschlichen Geschehens stets neue Kräfte schöpft und die feste Grundlage für Rechtspolitik und Gesetzgebung schafft.

Wenn immer wieder behauptet wird, die Metaphysik sei Sache des Glaubens, nicht der Wissenschaft, so muß eine solche jeder wissenschaftlichen Begründung entbehrende Behauptung einfach zurückgewiesen werden. Glauben liegt vor, wenn uns eine außerhalb unserer Geisteskräfte liegende Offenbarung eröffnet wird, bei welcher die menschliche Forschung keine oder doch nur eine sehr indirekte Betätigung finden kann. Wenn wir aber Metaphysik treiben, so tun wir es nicht auf Grund dieser Erkenntnisquelle, sondern wir konstruieren mit den Kräften unseres Geistes und gelangen hierdurch zu Bildungsergebnissen, die in das Raum- und Zeitlose hinanreichen. Man beweise uns doch, wo wir die Offenbarung anrufen! Wir überlassen sie den Gläubigen im Bewußtsein, daß sie mit den Ergebnissen unseres Denkens manche Berührungspunkte haben wird, daß sie aber freie Gebilde enthält, die wir zwar als bedeutungsvolle Wertfaktoren der Weltgeschichte betrachten, nicht aber in das Gebiet der menschlichen Wissenschaft aufnehmen können.

Wenn man uns entgegenhält, daß die Ergebnisse des metaphysischen Denkens manche Zweifel bieten, so wissen wir, daß eine völlige Sicherheit überhaupt nicht zu erlangen ist, weder in der naturgeschichtlichen, noch in der historischen Wissenschaft; denn kein Denken kann der Axiome entbehren, und die Axiome nehmen wir an, weil sie sich unserer Erkenntnis aufdrängen. Wir können die axiomatischen Sätze aus empirischen Gründen wahrscheinlich machen, nie aber eine Gewißheit erzielen: immer bedarf es bestimmter Annahmen und Voraussetzungen. Niemals kann ja die reine Erfahrung zu einem Ergebnis führen; stets bedarf sie einer Verarbeitung des axiomatisch gestaltenden Geistes. Dasselbe und nichts anderes aber ist der Fall, wenn wir unser Denken in das Raum- und Zeitlose hinein erstrecken. Hier können wir insbesondere die Überzeugung gewinnen, daß sowohl die Teleologie der organischen Welt, als auch die Teleologie in der geschichtlichen Entwickelung einen leitenden Geist voraussetzt; wir können ferner zur Annahme gelangen, daß die Wirkung der Kunst auf unsere Seele sich nicht vom Standpunkt des bloßen Materialismus erklären läßt; und wenn wir die soziologischen Zusammenhänge der Gruppenwesen zwar in ihren Ergebnissen zu erkennen, aber in ihrem ursachlichen Wirken nicht sinnlich zu erfassen vermögen, so können wir darin den Beweis finden, daß in den leiblich getrennten, aber instinktiv zusammenhandelnden Gruppenwesen eine über die sinnliche Wahrnehmung hinaus liegende geistige Welt waltet. Und wenn wir nun zur Erklärung all dessen die Metaphysik heranziehen, so ist dies unser gutes wissenschaftliches Recht, das wir uns nicht verkümmern lassen.

Im Tonwerk erkennt der Unmusikalische nur Einzeltöne, der Musikalische erfaßt den Zusammenhang, und ebenso erkennt in der großen Weltsymphonie der Philosoph das Alleine, während der Nichtphilosoph nur die wechselnde Erscheinung wahrnimmt.

Den Stil des Werkes zu ändern und an Stelle einer leicht faßlichen Darstellung eine schwerfällige dunkle Sprachweise treten zu lassen, welche jede Wahrheit mit einer harten Schale umschließt, widerstrebt meiner Natur, widerstrebt aber auch dem ganzen Geist der modernen Wissenschaft. Wenn in vergangenen Tagen Philosophen sich dunkel ausdrücken mußten, um den politischen Anfechtungen zu entgehen, so gestattet uns heute die freie Wissenschaft, uns klar und unzweideutig auszusprechen. Wer in dem dunklen Stil den Geist der Wissenschaft sucht, der zeigt, daß ihm die Gabe der künstlerischen Darstellung nicht in dem Maße gegeben ist, wie die moderne Zeit verlangt.

Eine Bemerkung will ich noch beifügen: von der I. Auflage wurde mit meiner Genehmigung in Amerika in den Philosoph of law Series XII eine englische Übersetzung herausgegeben unter dem Titel „The philosophy of law“,

translated by A. Albrecht*). — — — — Teile der Übersetzung sind in dem mir vorliegenden Werk von Kocourek and Wigmore, Primitive and ancient legal institutions (Boston 1915) enthalten auf S. 88—91, 96—99, 120, 215, 336, 341 f., 347 f., 435 f., 531 f., 536 f., 575 f.

Mit Gegnern weiter zu streiten, ist überflüssig; ich sage mit Goethe:

Laßt fahren hin das Allzuflüchtige!
Ihr sucht bei ihm vergebens Rat.
In dem Vergangnen lebt das Tüchtige,
Verewigt sich in schöner Tat.
Und so gewinnt sich das Lebendige
Durch Folg' aus Folge neue Kraft,
Denn die Gesinnung, die beständige,
Sie macht allein den Menschen dauerhaft.

Berlin, Februar 1917.

Josef Kohler.

*) Verlag der Macmillan Company in New York.

Inhaltsverzeichnis.

A. Allgemeiner Teil.

Seite

Zweites Buch. Kulturentwickelung.

Erster Abschnitt. Der unlogische Pragmatismus der Welt und seine Überwindung.

B. Besonderer Teil.

A. Allgemeiner Teil



Erstes Buch

Wesen, philosophische Grundlagen, Geschichte der Rechtsphilosophie

---

Erster Abschnitt

Wesen der Rechtsphilosophie

I. Einleitung. — § 1.

Die Rechtsphilosophie ist ein Zweig der Philosophie, und zwar derjenigen Philosophie, welche sich mit dem Menschen und seiner Kultur befaßt. Sie hat die Aufgabe, wie jede Philosophie, dem Bereich der Erscheinungen auf den Grund zu gehen und uns zu erklären, ob und welche Mächte hinter demjenigen walten, was wir mit unseren Sinnen wahrgenommen und mit unserer Schlußfolgerung erfaßt haben. Die unmittelbare Sinneswahrnehmung und ihre Bearbeitung ist Gegenstand der Erfahrungswissenschaft; die Frage aber, ob, nachdem die Erfahrungswissenschaft ihres Amtes gewaltet hat, ihren Ergebnissen noch eine tiefere Bedeutung innewohnt, ist Sache der Philosophie. Darüber ist bei der Philosophie als Hilfswissenschaft noch weiter zu sprechen. (§§ 8 ff.) Hier aber ist darzulegen, daß vor allem auch die Rechtsphilosophie, als Zweig der Philosophie des Menschen, sich damit befaßt, zu erkunden, was dem menschlichen Dasein zugrunde liegt und welches der tiefere Sinn des menschlichen Wirkens ist[1]).

II. Erhaltung und Bildung von Kulturwerten als Kulturziel

1. Begriff und Faktoren der Kultur. — § 2.

I. Begriff. II. Die drei Kulturfaktoren der Erkenntnis, Schöpfung, Naturherrschaft (des Wahren, Schönen, Mächtigen) in Wechselwirkung. III. Religion. IV. Die materielle Kultur als Unterlage der geistigen.

I. Das Kulturbestreben erfüllt die Menschheit als Ahnung ihres höchsten und letzten Zieles. Der Gedanke,

---

[1]) Vgl. Arch. f. Rechtsph. I, 3 ff., 192 ff.; III, 500 ff.; IV, 558 ff.; VIII, 43 ff.

daß darin die ursprünglichste Bestimmung der Menschheit liegt, erfaßt uns alle. Soweit es eine Menschheit gibt, die aus dem ersten Dasein hervorragt, soweit das Sonnenlicht den Menschen bestrahlt, ist die Sehnsucht nach Kultur in der innersten Seele des Menschen begründet, und das Bewußtsein, daß mit ihrem Untergang dasjenige besiegelt wäre, was das höchste und letzte Ziel unseres Daseins ist. Das menschliche Wirken ist mithin Kulturwirken. Die Aufgabe der Menschheit ist die Schöpfung und Fortbildung der Kultur und die Erlangung bleibender Kulturwerte, wodurch eine neue Gestaltungsfülle entsteht, die der göttlichen Schöpfung als ein zweites Geschaffenes entgegentritt. Die Kultur ist die Gesamtheit der menschlichen Errungenschaften in der Überwindung des Alls auf dem Wege der Kenntnis und der Kunstschöpfung und auf dem Wege der materiellen Beherrschung[1a]).

II. Die Kultur hat es daher mit Erkenntnis, Schöpfung und Naturherrschaft zu tun[2]). In dieser Beziehung ist zu bemerken:

1. Das Sein in Verbindung mit dem Menschen wird zum Erkennen: dieses Sein ist für uns von Bedeutung, insofern wir es in unser Denken in der Art aufnehmen, daß das Denken mit ihm übereinstimmt. Diese Übereinstimmung nennen wir Wahrheit. Diese Wahrheit zu finden ist die erste große Aufgabe der Kulturtätigkeit: was ist, das soll sein für uns und unser Denken. Und zwar handelt es sich nicht nur um ein Erkennen des in der Natur, sondern auch um ein Erkennen des im Menschenleben und in der Menschengeschichte Seienden. Über das Verhältnis von Erkennen und Sein ist noch unten (§ 10) zu handeln.

2. Im Gegensatz zum Erkennen steht das Schaffen und damit die Schöpfung. Die Schöpfung bewegt sich im Gebiet des Schönen: schön ist, was Gebilde zur Darstellung bringt, welche die Weltideen in neuer Weise verwirklichen. Der Künstler ist Gott gleich: er schafft, wie der Schöpfer schafft; für ihn gilt ein neuer Schöpfungstag.

3. Wenn man aber im Anschluß an das Obige die Kultur als den Inbegriff des Wahren, Guten und Schönen dargestellt hat, so ist dies teils unrichtig, teils unvollständig. Was das Gute betrifft, so ist seine sekundäre Natur alsbald (§§ 3, 7) zu entwickeln.

[1a]) So Einf. in die Rechtsw. (5. Aufl. S. 3). In dieser und ähnlicher Weise habe ich den Kulturbegriff schon anderwärts gegeben. Wer behauptet, daß ich von Kultur spreche, ohne sie zu definieren, der bekundet damit nur möglichstes Mißverständnis. Unserem Kulturbegriff kommt schon Aristoteles nahe (§ 135).

[2]) „Totum opus humani generis totaliter accepti est actuare semper totam potentiam intellectus possibilis, per prius ad speculandum, et secundario propter hoc ad operandum per suam extensionem." Dante, Monarchia § V.

4. Unvollständig ist aber die Aufzählung, weil das eine Wesentliche fehlt, die Weltherrschaft: der Mensch ist, wie schon die Genesis sagt, zur Weltherrschaft bestimmt.

Nichts hat die Philosophie so sehr geschädigt und sie der heutigen Zeit entfremdet als die Fernhaltung der Technik aus dem Bereich der Kultur. Allerdings steht die Technik in einem Punkt unter der Kunst: sie kann nicht neue Naturkräfte schaffen, sondern nur mit den vorhandenen Naturkräften wirken; aber sie wirkt, indem sie die Naturkräfte für die menschlichen Zwecke benutzt: sie hintergeht die Natur, indem sie sich in ihre Geheimnisse einschleicht. Aber damit schafft sie sich die Möglichkeit, die Schranke zwischen Ich und Nichtich zu durchbrechen und den menschlichen Willen auf den Thron zu setzen. Die Scheidewand, die unser Wollen vom Sein trennt, wird in Trümmer geschlagen; auch hier handeln wir in der Ähnlichkeit des Göttlichen. Wie sollte es nicht ergreifend sein, wenn wir den Menschen zum Gott erheben!

5. So ist die Kultur zugleich die Kultur des Wahren und Schönen, wie die Kultur des Mächtigen. Natürlich sind diese drei Kulturfaktoren nicht hermetisch getrennt; eines greift in das andere über.

Erkennen und Macht steht in Wechselwirkung: die Erkenntnis der Naturkräfte erleichtert die Erfindung und gibt ihr ihre volle Ausdehnung; wer immer über das Verhältnis von Erfindung und Entdeckung nachgedacht hat, dem ist diese Wechselwirkung vertraut[3]). Ebenso stehen Erkenntnis und Kunst in Verbindung, denn die Theorie der Kunst beruht auf einem in die Geheimnisse des künstlerischen Gestaltens dringenden Erkennen.

III. Religion ist eine eigenartige Kulturerscheinung, welche in alle drei Gebiete des Erkennens, Schaffens und Machtbeherrschens einschlägt. Von der sonstigen Kulturtätigkeit unterscheidet sie sich nicht im Gegenstand, sondern in der Art ihres Wirkens. An Stelle des Erkennens tritt das gefühlsmäßige metaphysische Erfassen, an Stelle der Kunstschöpfung die Schöpfung des religiösen Mythus, an Stelle der Weltmacht der Glaube an die Macht des Göttlichen über die Natur (Wunder).

Die Religion ergänzt oder ersetzt das rationelle Menschenwirken und hat die große Bedeutung, im Menschen den Kulturgedanken zu pflegen und zu erhalten; sie ist vielfach die Quelle der Wissenschaft und Kunst, ja selbst der Technik gewesen.

IV. Die geistige Kultur hat als notwendigen Untergrund die materielle Kultur, d. h. die Gesamtheit der menschlichen Errungenschaften zur Erzielung des Lebensbedarfes und der hierzu nötigen äußerlichen Lebensgüter.

Diese ist erforderlich für das menschliche Dasein überhaupt, erforderlich daher auch für unser Wissen und Bilden; sie ist aber insbesondere auch die Grundlage für die Herrschaft über die Welt: denn zuerst überwindet der Mensch die Natur, um sie seinem Lebensbedarf dienstbar zu machen, später überwindet er sie überhaupt, um sie seinem Willen zu unterwerfen. Über die Geschichte der materiellen Kultur ist hier nicht zu handeln[4]).

---

[3]) Lehrb. d. Patentr. S. 21 und 79 f.

[4]) Vgl. meine Ausführung in Helmolts Weltgeschichte 1. Aufl. S. 25 f.

2. Kulturwerte und Kulturhilfsmittel. — § 3.

I. Begriff des Kulturwerts. II. Unterstützende Werte: Sittlichkeit und Recht. III. Hilfsmittel: Sprache und Schrift.

I. Alles, was hiernach kraft Erkennens, Schöpfens und Machtbeherrschens Bedeutsames geleistet wird, bildet einen Kulturwert. Dieser Wertbegriff ist natürlich objektiv: er ist in dem Wesen und der Aufgabe der Kultur begründet; bloß subjektive Wertbegriffe sind für die Kulturgeschichte bedeutungslos[5]). Die Kulturentwickelung soll dahin streben, die alten Kulturwerte zu erhalten und stets neue Kulturwerte zu bilden.

Zu einem Allwissen, Allschaffen, Allbeherrschen, wie man es sich im Begriff der theistischen Gottheit vergegenwärtigt, wird die Menschheit nie gelangen; aber in der ständigen Annäherung an dieses Ziel liegt ihre Aufgabe: im persönlichen Gott hat sich die Menschheit ein unerreichbares Ideal geschaffen. Aber das Streben nach dem Ziel ist der calculus des Unendlichen in der Menschheit, ist ihre Hoheit und zugleich auch ihr Golgatha, wo sie leidet und stirbt, um sich immer wieder zu erneuern. Das Eritis sicut Deus ist der hohe Denkspruch: er ist die höchste Würde und zugleich das tiefste Weh der Menschengeschichte. Daß eine Schaffung und Erhaltung der Kulturwerte einen ständigen Fortschritt und eine ständige Bewegung in der Menschheit bewirkt, ergibt sich schon hieraus, ist aber noch später (§ 15) näher zu erörtern. Die Kultur ist in stetem Wechsel und Wandel begriffen.

II. Neben den primären Kulturwerten gibt es unterstützende Werte. Hierher gehören vor allem Sittlichkeit (§ 6 f.) und Recht (§ 5). Beide sind dazu da, um den Weltprozeß in seiner sonstigen Zielstrebigkeit zu unterstützen; denn nur eine sittliche und rechtlich geordnete Gesamtheit ist imstande, erkennend, naturbeherrschend und auf die Dauer künstlerisch schöpferisch zu wirken. Aber es sind keine absoluten Werte[6]).

Wenn die sittlich bedeutendste und rechtlich am besten organisierte Nation untergeht, ohne daß sie die erstgenannten Werte geschaffen hat, so hat sie nichts den Weltprozeß Unterstützendes geleistet; sind aber in ihrem Schoße derartige Werte entstanden, oder hat sie die Werte, die etwa sonst verloren gegangen wären, erhalten, dann hat sie etwas Bedeutendes vollbracht, und dann ist ihre sittliche und rechtlich geordnete Existenz von Bedeutung gewesen.

III. Nicht als direkter Kulturwert, aber als Kulturhilfsmittel dienen Sprache und Schrift.

Die Sprache als das Mittel des Ideenaustausches beginnt mit der bei den Naturvölkern noch sehr entwickelten Gebärdensprache, ohne Begriffsbildung und daher auch ohne die Möglichkeit, die Bewegungen und Beziehungen der Begriffe zum Ausdruck zu bringen. Daran schließt sich die

---

[5]) Über die vielfach unklaren Wertbegriffe und über das ganze Tohuwabohu der modernen Wertlehre ist zu vergleichen Somlo, Das Wertproblem, in der Zeitschr. f. Philos. u. philos. Kritik, Bd. 145, 146, dessen an sich klärende Ausführungen deswegen nicht zum Richtigen gelangen, weil sie des metaphysischen Hintergrundes entbehren. Vgl. auch Arch. f. Rechtsph. X S. 196 und unten § 50.

[6]) Arch. f. Rechtsph. VIII S. 45.

Begriffssprache, ein ungeheuer künstliches Gebilde, das offenbar eine Schöpfung von über hunderttausend Jahren gewesen ist, und das als Sprache der Naturvölker ebenso bewunderungswürdig ist wie als moderne Sprache. Die Erfindung der Sprache ist eine Erfindung, welche die erfindende Menschheit nie überboten hat. Die Schrift aber hat als Symbolismus der Begriffe begonnen und ist zu einem Symbolismus der Laute geworden, die man zuerst in Silben, dann in Buchstaben zergliederte. Neben der Begriffssprache ist die Gebärdensprache nur in geringem Umfange geblieben, umso mehr aber die Tonsprache als Ausdrucksmittel menschlichen Gefühlslebens und als Schöpfungsmittel für neue gewaltige Empfindungsgestalten.

III. Systeme mit anderen Kulturzielen. Hedonismus. — § 4.

I. Wegemöglichkeiten. II. Hauptvertreter des Hedonismus. (Epicur, Lucrez, Gassendi.) III. Eudämonismus oder Utilitarismus mit Hedonismus identisch. Bentham. IV. Auch bei den Sozialisten und Jhering gleiche Grundgedanken. V. 1. Kritik. Kampfstellung Nietzsches. 2. Zugeständnisse (Gedeihen der Bevölkerung, Sicherung der Kulturarbeit, Ansporn zu Tätigkeiten).

I. Wer der Rechtsphilosophie huldigt und unseren Kulturbegriff nicht annimmt[7]), der läßt entweder überhaupt die Frage der Menschheitsziele beiseite, oder er gelangt, weil er alles im Zweifel läßt, zu einem evolutionistischen Skeptizismus, oder er schiebt die Frage in das Unbestimmte und Unbewußte, wie der kategorische Imperativ Kants (§ 7), oder er mündet in das System des Hedonismus ein. Dies ist dasjenige System, welches das größte Glück der Menschen, oder richtiger gesagt, das größte Glück der größten Mehrheit als das Ziel der Kultur betrachtet.

II. Der Hauptbegründer des Hedonismus, der Lehre von der kulturerfüllenden Bedeutung der Lust und Unlustgefühle ist Epicur, und ihm folgte die großartige Dichtung des Lucrez. In späterer Zeit hat hauptsächlich Gassendi (1592—1655) die Lehre des Epicur aufgegriffen; Anklänge finden sich allerdings auch bei Telesius, bei Hobbes (vgl. Leviathan c 14) und Anderen[8]).

III. Heutzutage pflegt man statt Hedonismus Eudämonismus oder Utilitarismus zu sagen: sein Hauptvertreter ist Bentham; aber das, was er lehrt, ist lediglich Hedonismus[9]).

---

[7]) Über die religiöse Auffassung des Kulturbegriffs soll hier nicht gesprochen werden; als religiöse Auffassung steht sie außerhalb der philosophischen Erkenntnis.

[8]) Hierher gehört auch die berühmte Bienenfabel von Mandeville, worüber zu vergleichen Dubois, Revue histor. des doctrines économ. 1908 nr. 3.

[9]) Dies erkennt auch Bentham an: „Epicure, il est vrai, a seul, parmi les anciens, le mérite d'avoir connu la véritable source de la morale; mais supposer que sa doctrine prête aux conséquences qu'on lui impute, c'est supposer que bonheur peut être ennemi du bonheur même. Sic praesentibus utaris voluptatibus, ut futuris non noceas. Sénèque est ici d'accord avec Epicure:

Er wollte auf ihn ein ganzes System des Rechts gründen. Wohl- und Wehgefühle sind die leitenden Momente, und die ganze Kultur soll dahin zielen, das größte Wohlgefühl der größten Menge herbeizuführen. Hat doch auch Epicur niemals verkannt, daß nicht die momentane Lust maßgebend ist, sondern die Summe der Wohl- und Wehgefühle in Gegenwart und Zukunft, daß man daher auch in der Gegenwart manche Unlust übernehmen solle, um in der Zukunft größere Unlust zu vermeiden, oder daß, wenn keines vermieden werden kann, die Wagschale eben entscheiden müsse, welches der beiden Elemente überwiegt. Deswegen spricht er von der Abmessung, der συμμέτρησις und deswegen lobt er die ἀταραξία, die unerschütterliche Ruhe, die zum Glück der Seele führt, worin er sich mit den Stoikern berührt. Nichts anderes aber ist der Utilitarismus Benthams: Tugend und Recht werden zu einem Calculus, wobei das Angenehme und Unangenehme einander gegenübergestellt und wobei erwogen wird, auf welcher Seite ein Überschuß bleibt.

IV. Auch s o z i a l i s t i s c h e Bestrebungen sind von diesen Grundgedanken durchlebt; ebenso ist J h e r i n g Utilitarier. Von ihm rührt der vielgerühmte „Zweck im Recht", den man heute wieder hervorzieht, weil er eine Philosophie ohne Philosophie ist, und die Philosophen ohne Philosophie sind von jeher die beliebtesten gewesen.

Wenn auch der Gedanke der Lust und Unlust bei Jhering wenig hervorbricht, so ist dies nur die Folge seiner Unklarheit und des Mangels seiner philosophischen Begabung; denn sein Zweck im Recht kann doch nur der größtmögliche gesellschaftliche Vorteil, d. h. das größtmögliche Glück der größten Menge sein. Dies ist nicht deutsch, es ist nur ein Wiederabguß des englischen Neuaufgusses Epicurischer Lehre, den uns längst schon Bentham geboten hatte.

V. 1. Die Anschauung, daß unser ganzes Leben dahin abzielen solle, der Menschheit ein möglichst behagliches Dasein zu verschaffen und dafür zu sorgen, daß alle genug zu essen haben und mit reinlichen Kleidern ausgestattet sind, schafft eine Rechtsphilosophie der Volksküchen und der Wärmehallen. Sie erniedrigt die Menschheit zum Säugetier: denn danach wäre die Menschheit nur dazu da, um auf möglichst angenehme Weise sich auf der Erde herumzutreiben; und wenn ein Volk um das andere verginge, dann wären keine neuen Kulturwerte geschaffen, und die Geschichte hätte nur die Bedeutung, daß bei dem einen Volk die Magennerven eine bessere Zufuhr erhielten als bei den anderen.

Diese ganze Lehre des Hedonismus kann etwa mit den kulinarischen Ideen eines Brillat Savarin zusammengestellt werden, wonach, wer einen neuen Kuchen erfindet, ein größerer Wohltäter der Menschheit sei, als wer einen neuen Planeten entdeckt, oder mit der Meinung eines Campe, daß der Erfinder einer Weberspule ein größerer Mann sei, als Homer. Es ist begreiflich, daß ein Mann der höchsten Geisteserfassung wie N i e t z s c h e gegen diese Vorstellung einen erbitterten Kampf geführt hat; sein Übermensch ist nichts anderes als der Schöpfer großer Werte im Gegensatz zu der Gruppe der Herdenmenschen, die nur als der Untergrund höherer Bestrebungen dienen können.

---

et que peut-on désirer de plus pour les moeurs, que le restranchement de tout plaisir nuisible à soi-même ou aux autres? Or, cela même n'est-ce pas le principe de l'utilité?".

2. Allerdings müssen dem Hedonismus in folgender Beschränkung Zugeständnisse gemacht werden:

a) Er hat insofern eine relative Grundlage, als der Fortschritt der Menschheit eine gesunde Fortpflanzung und ein körperliches Gedeihen der Bevölkerung voraussetzt, damit aus ihr die schöpferischen Geister hervorgehen können.

b) Die Schaffung möglichst allgemeiner Glückzustände ist insofern bedeutsam, als dadurch die Kulturarbeit gesichert und erweitert wird.

Was kann der Gelehrte wirken, wenn er kein Publikum findet, das ihn anhört, keine Gehilfen, die seine Entdeckungen in allen Einzelheiten durcharbeiten? Was der Künstler, wenn das Volk ihn verständnislos ablehnt? Was der Erfinder, wenn Kapital und Arbeitskräfte fehlen, um seine Erfindung durchzuführen?

c) Die Sehnsucht nach dem Glück ist häufig ein Ansporn zu Tätigkeiten, welche indirekt den Fortschritten der Kultur zugute kommen.

IV. Kultur und Recht. — § 5.

I. 1. Begriff der Rechtsordnung. 2. Kein direkter Zwang vorausgesetzt. II. Wandelbarkeit des Rechts. III. Das Recht als Kulturerscheinung Gegenstand der Erkenntnis und Rechtswissenschaft. Kritik der Lehre, das Recht habe es mit dem Sollen, nicht mit dem Sein, zu tun. IV. Recht, Rechtswissenschaft, Naturwissenschaft.

I. 1. In der Kulturentwickelung hat, wie oben (§ 3) bemerkt, das Recht seine Stellung; denn eine menschliche Kultur ist nur denkbar, wenn in der Menschheit eine Ordnung herrscht, welche jedem seine Aufgabe zuweist und dafür sorgt, daß die vorhandenen Güter geschützt und die Schöpfung neuer Güter gefördert wird. Rechtsordnung ist die der Menschheit im Interesse der Aufrechterhaltung und Weiterbildung der Kulturwerte auferlegte Ordnung der Lebensverhältnisse; sie ist also eine Ordnung, d. h. eine Festsetzung von Regeln, nach welchen sich das Leben gestalten soll, und sie ist eine der Menschheit auferlegte Regel, also eine Regel, die nicht im Belieben steht, sondern gefordert wird.

In welcher Weise die Anforderung zur Geltung gebracht und in welcher Weise dem etwaigen widerstrebenden Tun entgegengewirkt wird, gehört mit zur Technik der Rechtsordnung.

2. Hierbei wird durchaus nicht ein direkter Zwang vorausgesetzt; sondern es genügt, daß für die Befolgung der Ordnung Vorkehrung getroffen und dem Belieben eine Schranke in den Weg gelegt wird. Die Frage von der Zwangsnatur des Rechts[9a]) ist

[9a]) Über die Zwangsnatur des Völkerrechts, § 192.

damit gelöst. Durch das Zwangselement unterscheidet sich das Recht von anderen kulturfördernden Elementen, von Brauch und Sitte (§ 45).

II. Das Recht kann nicht ein gleiches bleiben. Es muß sich der jeweils wandelbaren Kultur anpassen und so gestaltet sein, daß es den wechselnden Kulturanforderungen entspricht, daß es die Kultur fördert und nicht hemmt und unterdrückt.

Auf diese Weise hat jede Kultur ihre bestimmten Rechtserfordernisse, und Aufgabe der Menschengesellschaft ist es, jeweils das Recht nach diesen Erfordernissen zu gestalten. Nur sofern die verschiedenen Kulturen etwas Gemeinschaftliches an sich tragen, werden gleichheitliche Sätze angemessen sein, und wenn man sich einem Kulturideal zu nähern sucht, so kann man auch bestimmte Sätze als die dem Kulturideal entsprechenden Leitsätze aufstellen. Es gibt daher kein ewiges Recht. Das Recht, das für die eine Zeit ein passendes ist, taugt nicht für die andere: wir können nur dahin streben, jeder Kultur das ihr zukommende Recht zuzuteilen: was für die eine Kultur vorzüglich ist, ist für die andere verderblich. So wird ein Recht im Bereich der Islamkultur nicht dasselbe sein, wie das Recht der buddhistischen Welt.

III. Das Recht als Kulturerscheinung und Kulturelement ist Gegenstand unserer Erkenntnis und unseres Studiums. Das Studium des Rechts ist die Rechtswissenschaft; sie steht wie alle Wissenschaft in dem Kreise des menschlichen Erkennens (§ 46). Man hat dies geleugnet und behauptet, daß das Recht es mit dem Sollen, nicht mit dem Sein zu tun habe, und daß zwischen beiden eine große Kluft walte. Man glaubte darum auch, der Rechtsgeschichte als Erkenntniswissenschaft entbehren zu können. Dies ist völlig verkehrt. Daß ein Sollen in der Menschheit besteht, also eine Spannung zwischen dem Gegenwärtigen und dem Zukünftigen, und zwar nicht nur in der Natur, sondern auch im geistigen Leben, und eine Spannung nicht nur intellektueller, sondern auch voluntarer Art, und eine Spannung, welche nach ihrem Verhältnis zu den Kulturgütern zu bewerten ist, ist richtig; solche Spannungen gibt es aber der verschiedensten Art, sie sind daher Gegenstand der Erkenntnis und der Forschung. Unzählige solcher Spannungen haben in der Zeit des Werdens bestanden, unzählig waren die Pflichten und von unendlicher Mannigfaltigkeit. Nur die verkehrte Vorstellung von einem ewigen Rechte (§ 24) hat die Ansicht geboren, als ob diese Spannungen einzigartig und für das Recht aller Völker gleichmäßig wären. Das Pflichtwesen ist eine Kulturerscheinung, die nur in der Kultur einer bestimmten Zeit erkannt werden kann, und darum ist jede Rechtsphilosophie, die sich nicht auf Rechtsgeschichte stützt, ein taubes Ei.

IV. Aus dem Kulturbestreben der Menschheit ergibt sich von selbst, daß das Recht, als die Bedingung jeder Kultur, ebenso wie die Religion, nicht etwa bloß eine Sache intellektueller Beobachtung ist, sondern, in dem tiefsten Gefühl des

Menschen verankert, sein ganzes Wesen durchdringt, so daß der Mensch hierfür nötigenfalls auch Leib und Leben opfern kann. Allerdings gibt es eine Rechtswissenschaft, wie es eine Religionswissenschaft gibt, welche Recht und Religion als objektive Größe heraushebt und sie wie etwas Drittes uns Fremdes behandelt. Allein es würde die ganze Betrachtungsweise verschoben, wenn damit nicht zu gleicher Zeit die Überzeugung verbunden wäre, daß hier nur von einer Abstraktion die Rede ist, von einer Entäußerung eines Gutes, welches im Innersten der Menschheit seine Wurzel hat. Dadurch unterscheidet sich auch wesentlich die Rechtswissenschaft, wie jede Geisteswissenschaft, von der Naturwissenschaft, daß es sich hier um dasjenige handelt, was über der Natur liegt, um Aufgaben, durch deren Erfüllung die Menschheit eben die Natur überwindet und etwas übernatürlich Göttliches schafft. Die Natur wird uns stets als eine fremde Macht gegenübertreten, in unserem Kulturwesen aber leben und wirken wir selbst, und es ist das Herzblut unseres ganzen Seins, das dabei beteiligt ist.

V. Recht, Sittlichkeit, Ethik

1. Tugend und Pflichtgefühl. — § 6.

> I. Sittliche Gesinnung und sittliches Handeln. II. Pflicht- und Tugendgesinnung. 1. Unterschied. Aristoteles, Thomas, Lehmkuhl. 2. Beides nötig. III. Kritik Kants: 1. Übertreibung des Pflichtgefühls. 2. Kategorischer Imperativ. 3. Regelhandeln. 4. Menschheit als Zweck, nicht Mittel.

I. Das Kulturleben verlangt nicht nur, daß der Mensch der Rechtsvorschrift entspricht, sondern es verlangt außerdem eine den Kulturerfordernissen gemäße Gesinnung, aus welcher sich ein entsprechendes Handeln auch da ergibt, wo ein Rechtsgebot nicht vorliegt. Der ganze Mensch soll ein Kulturfaktor sein und sich der anarchistischen Gesinnung enthalten. Eine Gesinnung in der Richtung unserer Kulturgebote ist eine sittliche Gesinnung, und das Handeln auf Grund solcher Gesinnung ist ein sittliches[10]). Die Sittlichkeit muß aus dem inneren Wesen des Menschen hervorgehen, sie schließt daher jeden Zwang aus; man muß sittlich handeln ohne Rücksicht auf etwaige nachteilige Folgen, welche mit dem Gegenteil verknüpft sind: ein Handeln aus Motiven dieses Nachteils ist kein sittliches Handeln, höchstens ein rechtliches Handeln oder ein Handeln der Sitte; es ist nicht ein Zeugnis einer unserer Kultur entsprechenden Seelenstimmung. Im übrigen kann auch das rechtliche Handeln ein sittliches sein, wenn der Gedanke des rechtlichen Zwangs völlig zurücktritt

[10]) Über neuere Konstruktionen von Cohen, Kautsky u. a. vgl. Gusti, die soziologischen Bestrebungen in der neueren Ethik, in Vierteljahrsschr. f. Philos. u. Soziol. XXXII S. 134 f. Die ganz unfruchtbaren Gebilde der Neukantianer Cohen u. a. können auf sich beruhen.

gegenüber dem auf Erfüllung der Rechtserfordernisse gerichteten Antrieb des Innenlebens.

II. 1. Die Gesinnung kann eine Pflichtgesinnung und eine Tugendgesinnung sein. Betrachtet man die Kulturaufgabe als eine äußerliche Macht, der man sich unterwirft, und ist daher die Gesinnung dahin gerichtet, sein eigenes Selbst einem Höheren unterzuordnen, dann ist das Handeln ein Pflichthandeln; lebt aber der Mensch nach den Geboten der Sittlichkeit, weil er in seinem Innern von den Kulturidealen erfüllt ist, so daß sein Einzelwille mit dem Gesamtwillen übereinstimmt und ihm das Kulturleben als etwas Esoterisches, nicht als etwas Exoterisches erscheint, dann spricht man von Tugend; es gilt hier der Schillersche Satz: „Nehmt die Gottheit auf in euren Willen, und sie steigt von ihrem Weltenthron."

So die „Nikomachische Ethik" des Aristoteles (§ 20) II 6 und IV 1, 19: die Tugend ist eine ἕξις προαιρετική; und so Thomas 1, 2 qu. 55 a. 2: Virtus humana cum sit perfectio potentiae in ordine ad opus, oportet ipsam esse habitum operativum. Nach 1, 2 qu. 49 a. 1 aber ist der habitus quaedam qualitatis species de difficili mobilis. So auch Lehmkuhl, Theologia moralis nr. 841: virtutes morales . . . . dici possunt habitus operativi boni, quibus videlicet homo utpote inhaerentibus qualitatibus disponitur, aptus pronusve redditur ad ducendam vitam secundum exigentiam ordinis recti[11]).

2. Beides ist erforderlich. Natürlich ist der Stand der Tugend der höhere, aber er reicht nicht aus; nicht immer ist es möglich, die „Gottheit" vollständig in seinen Willen aufzunehmen, und auch der von sittlichen Idealen erfüllte Mensch wird manche Kulturgebote im einzelnen als fremdartig und nicht in seinem inneren Wesen begründet erkennen. Hier muß der Gedanke durchgreifen, daß die Unterordnung unter das Ganze erforderlich ist, auch wenn dies der augenblicklichen Regung des Innern widerspricht, und die manchmal eingeschläferte oder erlahmte Tugend wird in dem Pflichtgefühl wieder Stärke und Kraft finden. Das Pflichtgefühl ist gleichsam das feste Gerüst, das die Tugend zusammenhält.

III. 1. Es ist daher einseitig, mit Kant das Pflichtgefühl zu übertreiben, so daß eigentlich nur derjenige moralisch handele, der einen Kampf mit seinem Innern auszufechten habe und sein Selbst überwinde. Es ist völlig unrichtig, dem Handeln aus Liebe den Charakter des moralischen Handelns abzusprechen. Viel richtiger haben darüber Thomas von Aquin und die katholischen Moralisten gedacht.

---

[11]) Über die im Ganzen wenig ergiebigen Versuche der Moralbegründung in der Zeit zwischen Thomas und Kant mag auf die Zusammenstellung bei Popoff, Versuch eines historischen Überblickes über die ethischen Methoden . . . . von Plato bis Kant (1912) hingewiesen werden; über Descartes S. 57, Spinoza S. 61, Leibniz S. 72, Hume S. 96. Lotze und Fechner stehen wesentlich auf dem Standpunkt eines verfeinerten Hedonismus.

2. Wenn Kant das Pflichtgefühl auf den kategorischen Imperativ zurückführt, also auf eine Stimme, die aus der Welt jenseits der Erscheinungsformen herrührt [11a]), so ist dies insofern richtig, als die Pflicht auf einer Unterwerfung unter die Kulturgebote beruht, die ganze Kultur aber in ihrer Wertung nur metaphysisch begriffen werden kann [12]).

3. Wenn man aber nach Kant verlangt, daß das Sittlichkeitshandeln stets ein Regelhandeln sein solle, so ist dies entweder selbstverständlich oder falsch. Betrachtet man die Regel als einfache Durchschnittsregel, so ist der Satz falsch; denn in sehr vielen Fällen treffen bei einer sittlichen Frage so viele Gesichtspunkte zusammen, daß die Entscheidung nicht nach steifer Durchschnittsregel, sondern nur im einzelnen Fall nach mannigfacher individueller Erwägung zu treffen ist.

Nicht umsonst haben die großen katholischen Moralisten Bände geschrieben, was nicht nötig wäre, wenn es keine schweren Gewissenskonflikte gäbe und man einfach mit Kenntnis der zehn Gebote auskommen könnte [12a]). Will man aber die Regel verstehen als Abwendung von der Willkür, so ist der Satz so selbstverständlich und platt, daß er jeder Bedeutung entbehrt.

4. Will man endlich das Axiom der Ethik darin finden, daß der Einzelne die Menschheit jederzeit als Zweck und nicht als bloßes Mittel behandeln solle, so sagt man nichts weiteres, als daß das rein Egozentrische nicht moralisch ist, eine Annahme, so selbstverständlich, daß es dafür keiner Philosophie bedarf.

2. Ethik. Recht und Sittlichkeit. Sitte und Sittlichkeit. — § 7.

I. Wesen der Ethik. 1. Begriff. 2. Unvollständigkeit der Schopenhauer-Deussenschen Morallehre. 3. Nietzsches Fernstenliebe. II. Recht und Sittlichkeit. 1. Freiwilligkeit für Sittlichkeit wesentlich. 2. Rechtsmißbrauch. III. Hervortreten der Ethik: 1. bei Verkehrsgeschäften; 2. im Familienrecht. IV. Sitte und Sittlichkeit.

I. 1. Ethik ist nicht mit Sittlichkeit identisch, sondern eine bestimmte Richtung der Sittlichkeit, nämlich die Sittlichkeit im

---

[11a]) Vgl. auch Fichte (Bestimmung des Menschen, Ausgabe Kehrbach, S. 137): „Die Stimme des Gewissens, die jedem seine besondere Pflicht auflegt, ist der Strahl, an welchem wir aus dem Unendlichen ausgehen und als einzelne und besondere Wesen hingestellt werden; sie zieht die Grenzen unserer Persönlichkeit; sie also ist unser wahrer Urbestandteil, der Grund und der Stoff alles Lebens, welches wir leben. Die absolute Freiheit des Willens, die wir gleichfalls aus dem Unendlichen mit herausnehmen in die Welt der Zeit, ist das Prinzip dieses unseres Lebens."

[12]) Wie ich im Arch. f. Rechtsph. III S. 168 sagte: „Der kategorische Imperativ ist nichts anderes als die soziale Stimme, als die in dem Einzelnen nachklingende Mahnung der sozialen Gesamtheit, wonach nicht der Einzelne als Einzelner mit seinen individuellen Gemütserregungen allein in Betracht kommen darf, sondern vor allem auch sein Zusammenhang mit der Menschheit und ihrem jahrhundertelangen Wirken."

[12a]) Auch das Vedanta (§ 13) erkennt die Relativität des Sittlichen an: was unter Umständen Unrecht ist, kann unter anderen Umständen Pflicht sein, Deussen, Sutras des Vedanta, S. 499 f.

Verkehr mit der Mitwelt unter Anerkennung der Würde und der Wertigkeit des Nächsten; sittlich kann auch das Innenleben sein, ethisch aber ist das Leben im Verkehr unter Anerkennung eines angemessenen Verhältnisses zwischen den Verkehrtreibenden. Sie betrachtet den Nächsten als einen Teil der mit dem Handelnden zum Weltganzen verbundenen Einheit, als einen Teil, dessen Förderung eine Mitförderung, dessen Verletzung eine Mitverletzung, dessen Täuschung eine Entfremdung von demjenigen Wesen ist, welches die Einzelwesen zu einer großen Einheit verbindet[13]). Die Ethik beruht daher auf der metaphysischen Vorstellung der Einheit der Menschen, sie beruht auf dem unbewußten Gefühl, welches in dem philosophischen System der Weltseele und des Pantheismus zum Ausdruck gelangt.

2. Auf diese Grundlage hin hat Schopenhauer (und nach ihm Deussen) die Moral gebaut, in vielem zutreffend, aber unvollständig. Vor allem hat Schopenhauer übersehen, daß diese pantheistische Einheit nicht nur ein Sein, sondern auch ein Wirken in sich schließt, welches sich als das Walten der Kultur darstellt, so daß die Gebote des Handelns nicht nur aus der Einheit des pantheistischen Wesens, sondern auch aus den Zielen des pantheistischen Wirkens hervorgehen.

3. Es ist aber dabei noch ein Anderes übersehen, auf was Nietzsche hingewiesen hat. Die Schopenhauersche Moral, ebenso wie auch die christliche und buddhistische, betonen vor allem den Nächsten; aber man hat nicht nur für den Nächsten, sondern auch für spätere Generationen zu handeln: neben die Nächstenliebe muß die Fernstenliebe treten.

Wenn es, um den Kulturfortschritt anzubahnen, nötig ist, dem Nächsten zuwider zu handeln, so ist dies nicht unsittlich, sondern im höchsten Grade sittlich. Wenn gewisse Kulturaufgaben nur unter Verletzung unzähliger Menschen der Gegenwart erfüllt werden können, so müssen sie doch erfüllt werden; allerdings kommt diese Fernstenliebe weniger für die gewöhnlichen Menschen in Betracht, als für diejenigen, die in der Kulturentwickelung bahnbrechend zu handeln wissen. Dies hervorgehoben zu haben, ist Nietzsches unsterbliches Verdienst. Er hat die Einseitigkeit der christlichen Ethik nachgewiesen, sich dabei allerdings infolge seines Temperaments und seiner dichterischen Begabung mancher Übertreibung schuldig gemacht[14]).

II. 1. Das Verhältnis zwischen Recht und Sittlichkeit gestaltet sich wie folgt: das Recht soll nichts Unsittliches gebieten, dagegen wird der Gebrauch und die Ausübung der subjektiven Rechte nicht nach den Grundsätzen der Sittlich-

---

[13]) Vgl. meine Schrift über Treu und Glauben im Verkehr S. 9.

[14]) Wenn manche sich unterfangen haben, Nietzsche mit Stirner zusammenzustellen, so ist dies ein ebenso grobes Mißverständnis, wie wenn man etwa Goethe mit Marx vergleichen wollte.

keit kontrolliert; auch ein unsittlicher Gebrauch dieser Rechte steht noch in der Sphäre des objektiven Rechts.

Es kann z. B. unsittlich sein, daß ein Gläubiger einen Schuldner, der in Not ist, gerichtlich verfolgt; es kann ferner unsittlich sein, daß eine Gesellschaft an einem lukullischen Mahl schwelgt, während hundert andere darben; allein das Recht kann nicht entgegentreten, es würde sonst die Sittlichkeit vollkommen abgraben: die Sittlichkeit besteht gerade darin, daß man freiwillig und ohne Gebot von dem Rechte einen entsprechenden Gebrauch macht. Außerdem kann dieser Gebrauch nach der Richtung der Sittlichkeit hin so viele Varianten haben, daß man in dieser Beziehung freie Wahl lassen muß. So mag beispielsweise der eine die Wohltätigkeit nach der einen Seite, der andere nach der anderen Seite hin ausüben, und es hieße gerade das sittliche Leben verarmen, wenn man in dieser Beziehung einem jeden bestimmte Vorschriften machen wollte.

2. Allerdings ist dieser Satz nicht absolut, und der unsittliche Gebrauch des Rechtes kann zum Mißbrauch werden, d. h. das Recht gegen seine eigenen Intentionen kehren. Das Recht muß daher eine ganze Reihe von sittlichen Anforderungen in sich aufnehmen; wie viel, hängt von der Art der Kultur ab.

Es hat Rechte gegeben, welche dem Testierenden das Gebot auferlegten, eine Verfügung zugunsten der Kirche zu machen; das indische Leben betrachtet es als Unrecht, wenn jemand, der einen Brahmanen zu besuchen versprach, das Versprechen nicht erfüllt; in einer belagerten Stadt kann ein lukullisches Mahl zum Verbrechen werden.

III. Bei uns tritt die Ethik hauptsächlich in den Vordergrund

1. bei den Verkehrsgeschäften durch das Gebot von Treu und Glauben: es muß Wahrheit und Verläßlichkeit im Verkehr herrschen (§ 89).

Dies allein entspricht der Ethik; es entspricht aber allein auch den sozialen Interessen des Verkehrs, da durch Lüge und Täuschung der Verkehr vergiftet, die Kulturtätigkeit mißleitet und eine unendliche Menge von Kraft vergeudet wird, die man aufwenden muß, um die Folgen eines derartigen Handelns wieder abzudämmen. Das ethische Verhalten ist zu gleicher Zeit auch dem Verkehr zum unmittelbaren Vorteil.

2. Im Familienrecht tritt die Ethik insofern in den Vordergrund, als die aus der Familienstellung hervorgehenden Rechte nicht gegen ihre eigentlichen Zwecke gebraucht werden dürfen[14a]).

Sie sind gegeben, um einen erhaltenden und bildenden Einfluß in die Familie hineinzutragen, nicht um die Familie zu tyrannisieren oder zu desorganisieren. Natürlich ist auch hier vieles wechselnd nach dem Stande der Kultur und nach der Stellung, welche die einzelnen Familienmitglieder einander gegenüber einnehmen. Das Nähere muß deshalb der Darstellung der einzelnen Rechte überlassen werden[15]).

IV. Sitte und Sittlichkeit haben nichts miteinander zu tun; nur die Scheinphilosophie des Utilitarismus konnte die

---

[14a]) Über Kants ethische Auffassung der Ehe und ihre Kritik durch Hegel und Schopenhauer § 72.

[15]) Vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R. Familienrecht S. 6f. 54f.

Sitte, d. h. die gesellschaftlich erwartete Betätigungsweise mit der Sittlichkeit verwechseln, deren Bedeutung in der Hingabe an die Ideale des Menschen und Kulturlebens liegt[16]) (§ 45).

Zweiter Abschnitt

Philosophische Grundlagen der Rechtsphilosophie

I. Die Philosophie der Gesamtwelt als Ausgangspunkt der Rechtsphilosophie. — § 8.

Die Rechtsphilosophie als Philosophie des Menschen muß von der Philosophie der Gesamtwelt ausgehen; denn nur als Teil der Welt und als Hebel des Weltprozesses kann der Mensch in seiner Bedeutung erfaßt und seine Wirksamkeit gekennzeichnet werden. Hierbei kommt die Erkenntnistheorie in Betracht und die Metaphysik. Erstere führt uns in die Realität der Erscheinungswelt, letztere geleitet uns über die Erscheinungswelt hinaus.

II. Erkenntnistheorie

1. Aufgaben der Erkenntnistheorie. — § 9.

Die Erkenntnistheorie behandelt die Frage von dem Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt und die Frage, ob unseren Vorstellungen von der Welt eine Welt in Wirklichkeit zugrunde liegt, und wie sich diese Wirklichkeit zu unseren Vorstellungen verhält. Das ist die ungeheure Frage des kritischen Realismus, die schon im Altertum gestreift, später von Forschern wie Tomaso Campanella aufgeworfen, dann durch die großen schottischen Skeptiker gefördert wurde und schließlich durch Kant einen gewissen Abschluß erlangt hat, einen Abschluß allerdings nur nach der Seite hin, daß das Problem schärfer gestellt worden ist als früher. Die Annahme, daß es überhaupt unmöglich sei, in das Ding an sich einzudringen, so daß wir auf das Gebiet unserer Vorstellungen zurückgeworfen wären, beruht auf dem falschen Dualismus Kantschen Angedenkens: dieser Dualismus mit seiner ständigen Skeptik und dem „Ignoramus“ in bezug auf die Außenwelt ist längst überwunden. Überwunden ist auch die Annahme, daß Zeit und Raum nur auf unserer Vorstellung beruhten und eine Zutat unseres Geistes wären.

---

[16]) Arch. f. Rechtsphil. VII S. 330. Vgl. auch „Recht, Glaube und Sitte“ in Grünhuts Z. 19, 561 ff.

2. Identität von Subjekt und Objekt. — **§ 10.**

I. Zerstörung des Kantschen Dualismus durch die Identitätsphilosophie. Wesen dieser. II. Kritik Kants. Der Unterschied zwischen Subjekt und Objekt dem natürlichen Menschen fremd und verfehlt.

I. 1. Der ganze Kantsche Dualismus ist so ungeheuerlich und haltlos, daß er vor energischem Denken sofort zusammenfallen mußte. Die Zerstörung erfolgte von selbst durch die großartige Identitäts-Philosophie, die an Descartes anknüpfte, von Schelling angebahnt und dann von Hegel in bewunderungswürdiger Vollendung ausgebaut wurde, deren Hauptgedanke darin besteht, daß der Unterschied zwischen Subjekt und Objekt nur ein relativer ist und daher von einer Entgegensetzung zwischen Ich und Nichtich nicht die Rede sein kann. Das Ich und das Nichtich gehört zu einem großen Weltganzen; darum muß notwendig eine Zusammenstimmung stattfinden, namentlich auch in der Richtung, daß Zeit und Ausdehnung, wie wir sie schon seit Äonen in unseren Geist aufgenommen haben, unserer Empfindung von Zeit und Raum entsprechen, da die Menschen, und schon was den Menschen an Geschöpfen vorhergegangen ist, ständig alle Vorstellungen aus der Zeit und dem Raum überkommen haben. Ist aber dies so, daß wir ein solches Zusammenstimmen anzunehmen haben, dann können wir mit Freuden in die Forschung der Welt eintreten, indem wir die Kluft überspringen, die das Ich von dem Nichtich zu trennen scheint; und haben wir das einmal getan, so können wir mit den Kräften unseres Geistes die Bedeutung der Welt weiter konstruieren und mit den Hilfsmitteln unseres Denkens auf eine tiefere gesetzmäßige Grundlage der Welt zurückgehen.

Das Ich ist nur ein einzelner Ausläufer des großen Weltalls, und wenn wir das Weltall betrachten, so stellen wir uns ihm zwar einen Augenblick entgegen, aber wir tun es als Teil des Ganzen, und die Entgegensetzung muß sofort in unserem Denken zerfließen, sobald unser Beobachtungsprozeß zu Ende ist. In der Hauptsache ist das Weltwirken und das Wirken in unserem eigenen Ich dasselbe, und ein jeder von uns ist „ein Hauch der Ewigkeit".

2. Von dieser Identitätsphilosophie gilt, was ich (Arch. f. Rechtsphil. I, S. 488) ausgesprochen habe: „Wenn das Ich das Nichtich, d. h. die Welt um sich als Objekt faßt, dann wird die Welt außer uns durch die Empfindung zur Einheit mit unserem eigenen Ich und gibt dadurch eine selbständige, aber mit unserem eigenen Ich homogene Wesenheit kund." — — „Ist doch die Welt als Objekt des Empfindens dem Ich, sofern auch dieses ein Objekt des Empfindens ist, innerlich gleich und ergibt sich daraus von selber das Bewußtsein, daß die Welt ebenso wie das Ich etwas außer uns Existierendes und doch mit unserem Ich Verbundenes sein muß."

3. Am vorzüglichsten drückt sich, wie immer, Hegel aus, Phänomenologie des Geistes S. 111 (Ausgabe von Georg Lasson): „Ich unterscheide mich von mir selbst, und es ist darin unmittelbar für mich, daß dies Unterschiedene

nicht unterschieden ist. Ich, das Gleichnamige, stoße mich von mir selbst ab; aber dies Unterschiedene, ungleich Gesetzte ist unmittelbar, indem es unterschieden ist, kein Unterschied für mich" [16a]).

II. 1. Der Hauptirrtum der Kantschen Philosophie beruht darauf, daß der Unterschied zwischen Subjekt und Objekt ins Ungeheuerliche übertrieben ist. Dieser ganze Unterschied ist dem natürlichen Menschen zunächst fremd. Die neueren Forschungen haben dargetan, daß die Naturvölker sich in ihrem Denken völlig eins mit der Natur empfinden, so daß die Menschenseele und die Allseele als eine Einheit erscheint [17]). Ein mächtiger Fortschritt ist es allerdings, wenn der Mensch sein Ich erkennt und damit sein ganzes Erkennen als Verhältnis zwischen Subjekt und Objekt erfaßt. Aber dieser Zwiespalt darf nicht übertrieben werden: stets muß der Gedanke der Einheit von Mensch und Welt gewahrt bleiben.

Nach der Kantschen Erkenntnistheorie steht auf der einen Seite das Subjekt ganz allein im Theaterraum, und vor ihm ist die ungeheuerliche Bühne der Theatervorstellung, welche die Welt bedeutet. Zwischen diesen beiden Dingen sollte nun eine Vermittlung sein, aber fern davon: dasjenige, was wir wahrnehmen, ist nur ein Phänomen, eine Folge von Erscheinungen, und alles, was hinter dem Phänomen liegt, ist uns ewig verborgen, denn all unsere geistigen Kräfte können sich nur auf die Erscheinung beziehen. Wir kombinieren, aber die Regie der Bühne mit all ihrer Maschinerie bleibt uns auf ewig unbekannt [18]).

2. Diese ganze Vorstellung ist schon darum verfehlt, weil sie zwischen dem einen Ich, das doch selbst ein psychologisches empirisch bedingtes Wesen ist, und der ganzen Welt einen solchen Unterschied macht, daß hier eine ungeheure Kluft gähnt; das ist doch kaum der Mühe wert, wegen des einen Menschen solche Umstände zu machen!

Wie verhält es sich denn mit der ungeheuren Menge der weiteren Ichs, die doch ebenfalls in die Welt hineinstarren? Sie sind dem einen Ich natürlich auch ein Stück der Welt, und was er von ihnen sieht, ist ebenfalls bloßes Phänomen, während das Ding an sich auch bezüglich ihrer in ewigem Nebel verhüllt ist. Noch mehr, auch das Ich ist nur insofern ich, als es sich selber empfindet, während unser ganzer Leib mit all seinen Leiden und Schmerzen nur ebenfalls ein Phänomen ist und tatsächlich in den Wolken steckt, die das Ding an sich umgeben. Ja, schließlich auch das Ich selber ist nur insofern unser sicheres Ich, als es Subjekt ist; soweit wir aber unser eigenes Selbst als Objekt betrachten, taucht es ebenfalls in das Ding an sich ein, und wir erblicken nur ein Phänomen. Wir haben ein wahres Ich und ein Phänomenich!

16a) Vgl. auch Nietzsche, Nachgelassene Werke, XI S. 189: „Die Idealisten zuletzt wußten uns zur Hauptsache zu machen und die Welt zu einer Art Erzeugnis von uns: als ob der Spiegel sagte: ohne mich ist nichts, ich bin der Urheber."

17) Arch. f. Rechtsphil. III S. 501.

18) Zutreffendes gegen Kant auch bei Schwertschlager, Kant und Helmholtz (1883) S. 95 f., bei Radulescu Motru, Revue de metaphysique XXI p. 752 f., bei Duman ebenda XX p. 797 f.

Sollen wir dieses Ich zum Gott erheben? Warum nicht lieber statt des einen Ich die ganze Menschheit oder die Gemeinschaft der denkenden Geister? Dieses hätte besseren Sinn[19])!

3. Der Eindruck als Bild der Welt. Raum und Zeit als Abstraktion. — **§ 11.**

I. Der Eindruck des Dings an sich verhält sich zu diesem wie das Bild zur Matrize. II. Raum und Zeit als Abstraktion der Verschiedenheit der gleichzeitigen und sukzessiven Objekte. III. Aussprüche Hegels. IV. Übereinstimmung der Ergebnisse unseres Denkens mit der Welt.

I. Der Gedanke von dem Ding an sich (§ 9) ist insofern zutreffend, als natürlich jede Spiegelung, jedes Einwirken in eine Subjektivität nur so aufgefaßt werden kann, daß das Ding an sich nicht in das Subjekt eingeht, sondern einen Eindruck macht, und dieser Eindruck ist es, den wir als das Bild der Welt erschauen. Insofern kann zwischen Eindruck und Welt natürlich nie volle Gleichheit bestehen, ebensowenig wie eine Gleichheit bestehen kann zwischen der Matrize und dem aus der Matrize hervorgehenden Bilde.

Immerhin muß es verstandesmäßig möglich sein, zwar nicht ein Abbild der Matrize zu geben, wohl aber zu sagen, inwieweit unser Eindruck zur Matrize stimmt und inwiefern bei diesem Eindruck subjektive Momente im Spiele sind. Dazu ist aber unser Verstand fähig, denn er kann unsere Organe und die Wirksamkeiten dieser Organe erfassen und mithin auch darstellen, wie sie sich betätigen, wenn ein Eindruck von außen kommt; und dies gilt insbesondere, weil diese Organe die verschiedensten Eindrücke erfahren können, woraus die gleichbleibende Grundstimmung und Grundstellung der Subjektivität abgeleitet werden kann, welche der objektiven Welt gegenübertritt. Auch bei anderen Wesen finden wir ähnliche Organe, und wir können prüfen, wie sie wirken und wie sie durch die „Matrize" von außen beeinflußt werden[20]). Weiter können wir natürlich nicht kommen. Es ist aber auch nicht nötig, denn diese Erkenntnis ist vollkommen. Kein Wesen kann sagen, welches Bild das Weltall gibt, wenn man das beobachtende Wesen wegdenkt, denn dann ist eben ein Bild überhaupt unmöglich. Wir können nur sagen: im Weltall ist eine Fülle verschiedener Objektivitäten, die auf unsere Subjektivität wirken und bei deren Wirkung unsere Subjektivität die Tafel darstellt, auf der die Bilder erscheinen; diese Tafel hat an sich eine bestimmte Beschaffenheit, so daß wir dasjenige abziehen können, was subjektiv ist. Wir wissen z. B., wenn wir rot und gelb sehen, daß die Eigenart der Farbe eine Zutat unserer Sehorgane und unseres Denkens ist; aber ebenso ist es sicher, daß dieser verschiedenen Art der Farbe eine Verschiedenheit im Objekt zugrunde liegen muß, von der wir wissen, daß hierbei Ätherschwingungen eine Rolle spielen. Daß einem anderen Auge und einem anderen Geiste die Farben wieder anders erscheinen können, ist ja klar, ändert aber an der Sache nichts.

II. 1. Ebenso wissen wir, daß unseren Eindrücken eine Verschiedenheit der gleichzeitigen Objekte und eine

[19]) Über weitere Seiten des Ichproblems, insbesondere über die Auffassung Humes und Machs soll anderwärts gehandelt werden.

[20]) Unsere Theorie ähnelt daher der Thomistischen Theorie von der species expressa, worüber neuerdings Geyser, Philosophie des Seins und der Natur (1915) zu vergleichen ist.

Verschiedenheit der sukzessiven Objekte zugrunde liegt, und daraus schöpfen wir die Abstraktion: Raum und Zeit. Daß wir aber uns nichts Raum- und Zeitloses vorstellen können, beruht nicht darauf, daß Raum und Zeit eine Ausgeburt unseres eigenen Geistes wären, sondern darauf, daß wir überhaupt in unseren Vorstellungen von demjenigen, was die Welt uns bietet, abhängig sind und hier zwar verbinden, zu- und wegdenken, nimmer aber die ganze Beschaffenheit ändern können, wie es denn auch unmöglich ist, sich einen Gegenstand in einer anderen als den uns bekannten Farben vorzustellen (höchstens in der Art, daß eine andere Abstufung oder Verbindung erfolgt).

2. Daß der Raum- und Zeitvorstellung irgend etwas Anderes zugrunde liegen muß, ist sicher. Das ist aber bei allen Objektivitäten der Fall; denn diese sind die Matrizen für die Eindrücke, die wir erfahren. Jedenfalls aber kann daran kein Zweifel sein, daß dem räumlich und zeitlich Verschiedenen in uns auch ein räumlich und zeitlich Verschiedenes in der Welt entsprechen muß. Hierbei ist allerdings folgendes zu bemerken: Die Idee des Raumes und der Zeit gewinnen wir nicht durch Einzelbeobachtung[21]), sondern der Raum- und Zeitsinn ist etwas mit unserem ganzen Bewußtsein Gegebenes, weil dieses sich überhaupt nur in solcher Weise entwickeln kann. Die Idee des Raumes ist daher, wie unten (§ 12) zu entwickeln ist, eine axiomatische, aber sie ist eben dieserhalb doch eine der Wirklichkeit entsprechende.

III. Ganz wunderbar spricht sich über diese Fragen Hegel aus, Phänomenologie des Geistes, S. 96: „Von diesem Innern, wie es hier unmittelbar ist, ist allerdings keine Kenntnis vorhanden, aber nicht deswegen, weil die Vernunft zu kurzsichtig oder beschränkt oder wie man es sonst nennen will, wäre (worüber hier noch nichts bekannt ist, denn so tief sind wir noch nicht eingedrungen), sondern um der einfachen Natur der Sache selbst willen, weil nämlich im Leeren nichts erkannt wird, oder von einer anderen Seite ausgesprochen, weil es eben als das Jenseits des Bewußtseins bestimmt ist." Und ebenda S. 97: „Wenn dabei gedacht wird, das Übersinnliche sei also die sinnliche Welt oder die Welt, wie sie für die unmittelbare sinnliche Gewißheit und Wahrnehmung ist, so ist dies ein verkehrtes Verstehen; denn die Erscheinung ist vielmehr nicht die Welt des sinnlichen Wissens und Wahrnehmens als seiende, sondern sie als aufgehoben, oder in Wahrheit als innere gesetzt. Es pflegt gesagt zu werden, das Übersinnliche sei nicht die Erscheinung; dabei wird aber unter der Erscheinung nicht die Erscheinung verstanden, sondern vielmehr die sinnliche Welt als selbst reelle Wirklichkeit."

IV. Stehen wir auf solche Weise in der Welt, dann ist es auch begreiflich, daß die Ergebnisse unseres Denkens mit der Welt insofern in Übereinstimmung sein müssen, als die Eindruckserreger der objektiven Welt sich so verhalten, wie wir es aus unserem Denken erschließen; vor-

[21]) Vgl. auch Henri Poincaré, Revue de métaphysique XX p. 483.

ausgesetzt, daß wir dabei von richtigen Grundlagen ausgehen und keine Schlußfehler machen.

Das ist nicht etwa eine „prästabilierte Harmonie", es ist nicht eine Zufälligkeit, sondern es beruht darauf, daß wir eben ein Teil des großen Ganzen sind, dem wir uns nur zeitweise gegenüberstellen, um wieder in dem Ganzen zu verschwinden. In der Zeit unserer Entgegenstellung wirkt das Ganze nach: es ist ein Räderwerk, von dem wir einen Teil bilden, wobei natürlich die Ergebnisse der Maschineriebewegung einander entsprechen müssen, so lange wenigstens als die Maschinerie in Ordnung bleibt und nicht eine pathologische Entwickelung eingetreten ist [22]).

III. Metaphysik

1. Wesen der Metaphysik. — § 12.

I. Metaphysik als Lehre von den Grundlagen der Erscheinungswelt. II. Schlüsse aus den Erfahrungen in der Erscheinungswelt. Vergleich mit der Mathematik. Begriff des Unendlichen. III. Axiomatische Erfahrung. Vergleich mit mathematischen Wahrheiten.

I. Die Erkenntnistheorie führt uns auf die Welt der Erscheinung in dem oben erwähnten Sinn; die Metaphysik aber ist die Lehre von den Grundlagen der Erscheinungswelt. Man hat behauptet, daß diese Lehre nicht Gegenstand der Wissenschaft sein könne, weil es sich hier um Dinge außerhalb der Erfahrung handle; das ist vollkommen unrichtig. Die menschliche Erfahrung ist sowohl eine Erfahrung in der Erscheinungswelt als auch eine Erfahrung, die kraft der metaphysischen Veranlagung der Menschheit in die Welt jenseits der Erscheinung dringt.

II. Was die erstere betrifft, so bleibt auch bei ihr der denkende Mensch durchaus nicht in der Welt der Erscheinung stehen, sondern er zieht aus den Dingen der Erfahrung Schlußfolgerungen auf Gegenstände, die außerhalb der Erfahrung liegen. Die Behauptung, daß unsere Verstandskräfte nicht über die Erscheinungswelt hinausreichen und daß namentlich die Kategorien unseres Denkens hier nicht zuträfen, ist völlig unrichtig; denn die Erfahrungstatsachen und das darüber Liegende stehen in innigstem Zusammenhang; beides muß durch dieselben Denkgesetze erfaßt werden. Wenn die Mathematik mit dem unendlich Kleinen und dem unendlich Großen operiert, so operiert sie ebenfalls mit Dingen, die jenseits der Erfahrung liegen, allein sie verwendet dazu die-

[22]) Im Übrigen muß ich auf Hegel selbst verweisen. Wenn es solche gibt, die, ohne die Hegelsche Philosophie zu kennen, uns vorwerfen, daß wir über gewisse Fragen keine Auskunft geben, so möchte ich sie darauf verweisen, zunächst den Denker zu studieren, auf dem (auch unbewußt) unsere ganze moderne Anschauung beruht; das ist selbstverständlich.

selben Verstandeskräfte, wie wenn es sich um Realitäten handelt. Durch Abstraktion von Zeit und Raum gewinnen wir den Begriff des Unendlichen, einen Nichterfahrungsbegriff, den wir aber nichtsdestoweniger in unser Denken aufnehmen, und auf diese Weise können wir zu einer Welt über Raum und Zeit gelangen, deren Ausstrahlung die Erscheinungswelt ist, und wir können das Kausalitätsgesetz in der Art erklären, daß Ursache und Wirkung zwar in der Erscheinungswelt getrennt, in der raum- und zeitlosen metaphysischen Welt aber einheitlich sind; sie sind also nur die Auseinanderlegung einer in der metaphysischen Welt bestehenden Einheit.

III. Bisher sprachen wir von der empirischen Erfahrung innerhalb der Erscheinungswelt, von der aus weitere Schlüsse gezogen werden. Daneben gibt es eine zweite Erfahrung, welche kraft der metaphysischen Veranlagung der Menschheit direkt in das, was außerhalb der Erscheinung ist, eindringt: dies ist die axiomatische Erfahrung. Die mathematischen Wahrheiten beruhen nicht etwa auf induktiver Beobachtung der Erscheinungswelt, sondern sie sind mit dem menschlichen Raum- und Zeitsinn von selber gegeben[23]): die Mathematik beruht auf Gesetzen, deren wir sicher wären, wenn wir uns auch nicht im sinnlichen Raum bewegten: ein Lehrsatz der Geometrie oder Analyse beruht nicht auf wiederholter Beobachtung, und seine Sicherheit nimmt nicht durch die Vielheit der Wiederholung zu, was der Fall sein müßte, wenn es sich um ein induktives Experiment handelte[24]). Ebenso ist die Kausalvorstellung eine axiomatische Vorstellung, welche uns die Einheit in der gesetzmäßigen Vielheit der Erscheinungen kundgibt; in gleicher Weise die logischen Gesetze, in gleicher Weise die Vorstellung von den Kulturwerten und von der Entwickelung. Übrigens ist natürlich nicht ausgeschlossen, daß die Ergebnisse der axiomati-

---

[23]) So schon Avicenna (Metaphysik, übersetzt von Horten S. 27): Die mathematischen Wissenschaften enthielten Objekte, die durch den Begriff der Materie definiert wurden (die Objekte der Astronomie und Musik). Die Art der Betrachtung und Untersuchung erstreckte sich jedoch auf einen Begriff, der nicht durch die Materie definiert wird. Der Umstand, daß der untersuchte Gegenstand mit der (physischen) Materie in Beziehung steht, hinderte die Untersuchung nicht daran, eine (rein) mathematische zu sein. (Ebenso verhält es sich hier in der Metaphysik.)

[24]) Vgl. treffend Berkeley, Principles of human knowledge; Einleitung nr. 16. Damit stehen nicht in Widerspruch die Ideen der Metageometrie und die Vorstellung eines Nichteuklidischen Raumes nach den Forschungen von Riemann, Helmholtz u. a. Denn die Metageometrie wird mit Elementen des Euklidischen Raumgebildes konstruiert, wenn auch unter Kombinationen, die nicht nur jenseits der empirischen Erfahrung, sondern auch jenseits unserer axiomatischen Vorstellungen liegen und lediglich auf logischen Schlußfolgerungen aus diesen beruhen.

schen Erfahrung empirisch kontrolliert und bestätigt werden können [25])

2. Metaphysische Systeme. — § 13.

I. 1. Unterscheidung der Systeme. Entwertung der Erscheinungswelt zum Schein im Vedantasystem. 2. Andere indische Systeme. 3. China. 4. Pantheistische Systeme im Abendland. II. 1. Metaphysischer Dualismus. 2. Christentum. Pantheistische Vorstellungen und Personifikationen. III. Begriffsrealismus und Nominalismus im Mittelalter.

I. 1. Die metaphysischen Systeme unterscheiden sich namentlich in der Art, wie sie sich die Berührung zwischen dem Außerweltlichen und dem Weltlichen vorstellen. Die eine Richtung geht davon aus, dem Außerweltlichen allein Realität zuzugestehen und die Welt der Erscheinungen zum bloßen Schein zu entwerten. Das großartigste System dieser Art ist das System des Vedanta in der Darstellung des Badarayana und dem Kommentar des Cankara [26]). Es unterscheidet auch zwischen einer empirischen Erkenntnis (anuvâda) und einer Erkenntnis des Transzendenten (dem bhûta arthavâda). Dabei nimmt es an, daß die Vernunftbetrachtung von der Betrachtung des Wahrnehmbaren ausgehen soll [26a]). Im Vedanta wird Raum und Zeit verflüchtigt, die Kausalität zum Phantom aufgelöst und das Einzelwesen, dem eigentlich nur eine Scheinexistenz zukomme, als Ausfluß des Allgeistes, des Atman oder Brahma, erkannt [26b]).

2. Schon in Indien haben sich dagegen Widersprüche erhoben, und bereits in dem 6. und 5. Jahrhundert v. Chr. sind hiergegen verschiedene Systeme, das Sankya, Yoga und andere, auch ein System des Atomismus, die Vaiceshikalehre, entstanden, als eine natürliche Reaktion gegen den übermäßigen Idealismus. In diesen eine zweite Kategorie bildenden Systemen, wird der erscheinenden Welt die eine oder andere Weise von Realität zugestanden, während der Buddhismus in den vollsten Skeptizismus, die Anakandatheorie, verfiel, aus der sich dann später die Mahayana-

---

[25]) Vgl. auch Avicenna (Metaphysik, übersetzt von Horten S. 44): „Daher lehren wir: das Sein, das Ding und das Denknotwendige sind Begriffe, die in ursprünglicher Weise (ohne Vermittlung allgemeiner Ideen) sich in die Seele einzeichnen. Dieselbe bedarf nicht der Hilfe anderer Dinge, die bekannter sind als jene. Ebenso verhalten sich in bezug auf die sichere Erkenntnis der Wahrheit die ersten Denkprinzipien, durch die ohne Beihilfe anderer die Überzeugung von der Wahrheit gewonnen wird. Die Überzeugung von anderen Dingen wird dann durch diese ersten Prinzipien vermittelt." Zum Ganzen vgl. auch Arch. f. Rechtsph. VII S. 553 f.

[26]) Vgl. meine Schilderung im Arch. f. Rechtsph. V S. 547.

[26a]) Vgl. Deussen, Sutras des Vedanta S. 186, 263.

[26b]) Dem Brahmanismus ist die Annahme eigen, daß es eine niedere, nicht zum höheren menschlichen Sein und nicht zur Wissenschaft berufene Menschenklasse gebe; so nimmt das Vedanta an, daß die Çûdras zur Wissenschaft der Vedas unfähig seien, Deussen a. a. O. S. 188 ff. Vgl. § 6.

lehre hervorgearbeitet hat. Auch die Jainalehre gehört hierher, welche den Pluralismus betont: die einzelnen Individuen werden hier als selbständige Wesen erkannt und ein jeder Einzelne gleichsam mit einem Knochengerüst umgeben, das ihn vor dem Zerfließen in das Allwesen schützt[27]).

3. In China hat sich der Weltvernunftgedanke (Tao) zu einer eigentümlichen Art von Realidealismus gestaltet[28]).

4. Ganz ebenso hat auch das Abendland in seinen pantheistischen Systemen die Mannigfaltigkeit der phänomenalen Welt gegenüber der göttlichen Einheit in verschiedener Weise konstruiert; man denke an den Ideenpantheismus von Malebranche im Gegensatz zum naturalistischen Pantheismus Spinozas.

II. 1. Eine andere Vorstellungsweise macht ebenfalls einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Supranaturalen und der Wirklichkeit; sie trennt aber das Supranaturalistische und die Erscheinungswelt in der Art, daß die letztere nicht die Erscheinungsform des ersteren ist, sondern ihm als etwas Zweites, Verschiedenes entgegensteht: also ein metaphysischer Dualismus. Die Brücke aber, die hier von dem einen zum anderen geschlagen wird, ist der Schöpfungsbegriff; die supranaturalistische Kraft hat die Welt geschaffen, d. h. aus dem Nichts hervorgebracht, woran sich sodann die Vorstellung reihen kann, daß auch noch nach dem Schöpfungsakt ein Eingriff des überweltlichen Wesens in die Erscheinungswelt erfolgen, also jeden Augenblick die Brücke neu geschlagen werden kann.

2. Werden diesem überweltlichen Wesen gewisse menschliche Eigenschaften zugeschrieben, wie Intelligenz und Wille, so wird sie zur christlichen Gottheit, eine Gestaltung, die aus der stark subjektiven Gottesanschauung des Judentums hervorgegangen ist, nur daß der christlichen Gottheit alle nationalen Elemente abgestreift sind und die Gottheit zur Weltgottheit wurde. Übrigens hat das Christentum ein gutes Teil pantheistischer Vorstellungen mit übernommen und insbesondere in der Lehre vom Gottessohn und seiner Menschwerdung eine Verbindung zwischen Gott und der Welt hergestellt, welche über den Schöpfungsbegriff hinausgeht[29]). Auf der anderen Seite ist auch im Christentum die Personifikationen der Gottheit mehr oder minder weit gediehen, so z. B. bei Duns Scotus, welcher den Willen betont und Gott als ein voluntaristisches Wesen auffaßt, weiter, als bei Thomas von Aquin, welcher mehr die Intelligenz Gottes hervorhebt und annimmt, daß die Gottheit an be-

---

[27]) Vgl. meine Darstellung im Arch. f. Rechtsph. IX S. 138.

[28]) Vgl. de Groot, Religion in China, Universism, a key to the study of Taoism and Confucianism (1912) und Erich Schmidt, Taoistische Klöster (1916).

[29]) Vgl. meine Schrift „Geist des Christentums“ (1904) S. 11 f., 30 f. und Arch. f. Rechtsph. IX S. 11 f. Auch bei Bonaventura finden sich Anklänge; er nimmt eine ständige Einwirkung Gottes auf die Welt an.

stimmte Gesetze des Handelns gebunden sei, so daß gewisse Betätigungen bei der Gottheit undenkbar wären[30]).

III. Eine Form der pantheistischen Anschauung ist der Begriffsrealismus. Der Begriff ist etwas, was von dem Überweltlichen in das Weltliche hineinragt; denn die Welt der Dinge ist nichts Anderes als die Verwirklichung der begrifflichen Ideen. Dieser Realismus hat das ganze Mittelalter beherrscht, von Anselm von Canterbury bis in die Zeiten des Thomas hinein, bis der große Aufrührer Occam den Nominalismus zur Herrschaft brachte, der die Begriffe als bloßes subjektives Menschenwerk erklärte. Bei Thomas finden wir einen gemäßigten Begriffsrealismus, und gewiß ist es die einzig natürliche Anschauung, daß dem in unzähligen Sachverwirklichungen auftretenden Begriffsbild eine gewisse Realität zukomme, die allerdings nur pantheistisch erfaßt werden kann[31]).

3. Vorläufer Hegels. Hegels „Ideenentwickelung" und „fortschreitendes logisches Denken". Wesen der Geschichte. — § 14.

I. Heraklit. Eleaten. Plato. Aristoteles. Thomas. II. Entwickelung als Ideenentwickelung, keine bloße Äußerung des Weltwillens (Schopenhauer). Verstehen der Geschichte. III. 1. Weltprozeß als fortschreitendes logisches Denken. 2. Wesen der Geschichte. Vico, Herder, Goethe. Aussprüche Hegels.

I. Unter dem Einfluß der orientalischen Philosophie ist die Philosophie der Griechen geworden. Heraklit steht ganz unter dem Einfluß des Vedanta[32]), ebenso die Eleaten; und die platonische Weltideen waren längst in der Schule des Vedanta gelehrt worden. Der Pantheismus mit dem Begriffsrealismus fand in Plato, die Gotteslehre in Aristoteles ihre Stütze, und auf Aristoteles baute einer der Größten der Großen, Thomas von Aquin, dessen Lehre vom göttlichen Intellektualismus allerdings einen starken pantheistischen Einschlag zeigt[33]).

II. 1. Alles überragt aber die Hegelsche Anschauung vom Werden und vom Entwickeln[34]); denn nicht das ist das

---

[30]) Arch. f. Rechtsph. IX S. 14 f.

[31]) Darüber verbreitet sich auch ausführlich Avicenna, Metaphysik, welcher sich allerdings der Meinung zuneigt, daß die Universalien nur in der Vorstellung existieren, vgl. die Metaphysik Avicennas, übersetzt und erklärt von Horten (1907) S. 284 f., 309. Eine weitere Entwickelung ist hier nicht zu geben.

[32]) Über die Abhängigkeit Heraklits vom Vedanta vgl. meine Abhandlung im Arch. f. Rechtsph. VI S. 478. Darüber, daß auch die Eleaten wesentlich nur indische Lehren verbreiteten, vgl. Arch. f. Rechtsph. X, 125 ff.

[33]) Arch. f. Rechtsph. IX S. 14 f.

[34]) Einen Ansatz der Entwickelungslehre bietet Vico; darüber Arch. f. Rechtsph. V S. 264. Vgl. folgende Aussprüche Hegels in seiner Encyklopädie: „Werden ist der wahre Ausdruck des Resultats von Sein

Wesen der Hegelschen Anschauung, daß alles im Fluß begriffen ist, wie bei Heraklit, sondern daß dieser Fluß der Dinge die Ausprägung einer Idee ist, die sich von Moment zu Moment entfaltet und immer neue Verwirklichungsformen bietet. Die Idee ist und ist nicht, sie „wird" in der ständig kreisenden Welt: sie geht jeden Augenblick vom Sein ins Nichtsein über, sie taucht unter, um im anderen Augenblick in erhöhter Gestalt wiederzukehren.

2. Die Entwickelung ist daher eine Ideenentwickelung, nicht etwa bloß eine Äußerung des Weltwillens wie bei Schopenhauer; der allerdings auch ein ständiges Wollen und Streben lehrt, aber ohne daß dieses vom Lichte der Idee durchleuchtet wäre.

3. Auf diese Weise haben die deutschen Denker des vorigen Jahrhunderts ein neues Element in die Gedankenfülle der früheren Zeit gelegt: die Idee der Entwickelung als eines nicht bloß dunklen, sondern mit gewissem Zweck und Ziel erfüllten Strebens; jetzt erst wurde die Geschichte verstanden: sie ist nicht mehr ein chaotisches Konglomerat von Tatsachen, bei der das biographische Element einen gewissen geistigen Inhalt gäbe, sondern sie bietet eine Entwickelung, worin die schaffenden Geister der Menschheit durch unzählige Hemmnisse hindurch sich hervorarbeiten und in ständiger Entfaltung ihrer Kräfte die menschliche Kultur auf eine immer höhere Stufe zu bringen suchen.

---

und Nichts, als die Einheit derselben; es ist nicht nur die Einheit des Seins und Nichts, sondern ist die Unruhe in sich, — die Einheit, die nicht bloß als Beziehung-auf-sich bewegungslos, sondern durch die Verschiedenheit des Seins und Nichts, die in ihm ist, in sich gegen sich selbst ist." (§ 88 S. 113.) „Die Existenz ist die unmittelbare Einheit der Reflexion-in-sich und der Reflexion-in-anderes. Die Gründe sind selbst Existenzen, und die Existierenden ebenso nach vielen Seiten hin Gründe sowohl als Begründetes." (§ 123 S. 135.) „Das Ding ist die Reflexion-in-sich, als die von dem Unterschiede, seinen Bestimmungen auch unterschiedene Identität." (§ 125 S. 136.) „Das Wesen ist nicht hinter oder jenseits der Erscheinung, sondern dadurch, daß das Wesen es ist, welches existiert, ist die Existenz Erscheinung." (§ 131 S. 139.) „Es ist nur Bewußtlosigkeit, nicht einzusehen, daß eben die Bezeichnung von Etwas als einem Endlichen oder Beschränkten den Beweis von der wirklichen Gegenwart des Unendlichen, Unbeschränkten enthält, daß das Wissen von Gränze nur seyn kann, insofern das Unbegränzte diesseits im Bewußtsein ist." (§ 60 S. 86.) „Das wahrhafte Unendliche verhält sich nicht bloß wie die einseitige Säure; sondern es erhält sich; die Negation der Negation ist nicht eine Neutralisation; das Unendliche ist das Affirmative, und nur das Endliche das Aufgehobene." (§ 95 S. 117.) „Als Resultat der über die verschiedenen Stufen des Bewußtseins angestellten Reflexionen wird dann ausgesprochen, daß der Inhalt dessen, wovon wir wissen, nur Erscheinung sei. Diesem Resultat ist insofern beizustimmen, als das endliche Denken allerdings es nur mit Erscheinungen zu tun hat. Allein mit dieser Stufe der Erscheinung ist es noch nicht abgemacht, sondern es gibt noch ein höheres Land, welches indes für die kantische Philosophie ein unzugängliches Jenseits bleibt." (Ausgabe 1840 S. 124.)

III. 1. Diesen Gedanken hat nun aber Hegel weiter ausgebaut, indem er den Weltprozeß als ein fortschreitendes logisches Denken mit ständiger Thesis und Antithesis und ihrer Auflösung bezeichnete, so daß auf solche Weise ein stetiger Fortschritt von einem zum anderen stattfinde: Ein Fortschritt der Weltbildung in dem großen Kosmos wie im Menschengeist!

2. a) Auf solche Weise gestaltet sich die Geschichte zu einem großartigen Werden, aus dem immer neue Ideen hervorsprießen, die sich dann läutern und reinigen, wodurch die Verbindung zwischen Vergangenheit und Zukunft in glänzender Weise hergestellt wird; und dies geschieht in der Art, daß die Vergangenheit und Zukunft nicht etwa in einem neutralen Verhältnis zueinander stehen, sondern die Zukunft die Fortschrittsbildung ist, welche aus dem Schoß der Vergangenheit hervorgeht. So strebt und webt in der Welt ein einheitliches Leben: alles keimt und sprießt und trachtet weiteren und ferneren Zielen nach; wo bisher nur Tatsachen walteten, da waltet die Idee.

b) Das Wesen der Geschichte haben wir erst durch Hegel erkannt[35]). Alles, was in der Geschichte vorher geschaffen wurde, und was späterhin gelehrt wurde unter Ablehnung der Hegelschen Lehre, war ein geistloses Sammeln von Einzelheiten, welches stets in seichten peinlichen Kleinkram auslief. Eine Ausnahme machten (abgesehen von Vico) Herder, welcher die Hegelsche Entwickelungslehre vorausgeahnt hat, und Goethe, in dessen Allgeist auch Hegels Ideen mitklingen.

c) In dem genialsten Werke, welches das 19. Jahrhundert hervorgebracht hat, in der Phänomenologie des Geistes (S. 521) schildert Hegel diese Bedeutung der Geschichte: „Das Ziel, das absolute Wissen, oder der sich als Geist wissende Geist hat zu seinem Wege die Erinnerung der Geister, wie sie an ihnen selbst sind und die Organisation ihres Reichs vollbringen. Ihre Aufbewahrung nach der Seite ihres freien, in der Form der Zufälligkeit erscheinenden, Daseins ist die Geschichte, nach der Seite ihrer begriffenen Organisation aber die Wissenschaft des erscheinenden Wissens; beide zusammen, die begriffene Geschichte, bilden die Erinnerung und die Schädelstätte des absoluten Geistes, die Wirklichkeit, Wahrheit und Gewißheit seines Throns, ohne den er das leblose Einsame wäre; nur —

aus dem Kelche dieses Geistesreiches
schäumt ihm seine Unendlichkeit.“

Und von der geschichtlichen Erkenntnis überhaupt gelten die schönen Worte, die er von der antiken Kunst spricht (S. 483): „Die Bildsäulen sind nun Leichname, denen die belebende Seele, sowie die Hymne Worte, deren Glauben entflohen ist; die Tische der Götter (sind) ohne geistige Speise und Trank, und aus seinen Spielen und Festen kommt dem Bewußtsein nicht die freudige Einheit seiner mit dem Wesen zurück. Den Werken der Muse fehlt die Kraft des Geistes, dem aus der Zermalmung der Götter und Menschen die Gewißheit seiner selbst hervorging. Sie sind nun das, was sie für uns sind, — vom Baume gebrochene schöne Früchte, ein freundliches Schicksal reichte sie uns dar, wie

---

[35]) Arch. f. Rechtsph. III S. 321.

ein Mädchen jene Früchte präsentiert; es gibt nicht das wirkliche Leben ihres Daseins, nicht den Baum, der sie trug, nicht die Erde und die Elemente, die ihre Substanz, noch das Klima, das ihre Bestimmtheit ausmachte, oder den Wechsel der Jahreszeiten, die den Prozeß ihres Werdens beherrschten. So gibt das Schicksal uns mit den Werken jener Kunst nicht ihre Welt, nicht den Frühling und Sommer des sittlichen Lebens, worin sie blühten und reiften, sondern allein die eingehüllte Erinnerung dieser Wirklichkeit. — Unser Tun in ihrem Genusse ist daher nicht das gottesdienstliche, wodurch unserem Bewußtsein seine vollkommene, es ausfüllende Wahrheit würde, sondern es ist das äußerliche Tun, das von diesen Früchten etwa Regentropfen oder Stäubchen abwischt und an die Stelle der inneren Elemente der umgebenden, erzeugenden und begeistenden Wirklichkeit des Sittlichen das weitläufige Gerüste der toten Elemente ihrer äußerlichen Existenz, der Sprache, des Geschichtlichen usf. errichtet, nicht um sich in sie hineinzuleben, sondern nur um sie in sich vorzustellen. Aber wie das Mädchen, das die gepflückten Früchte darreicht, mehr ist, als die in ihre Bedingungen und Elemente, den Baum, Luft, Licht usf. ausgebreitete Natur derselben, welche sie unmittelbar darbot, indem es auf eine höhere Weise dies alles in den Strahl des selbstbewußten Auges und der darreichenden Gebärde zusammenfaßt: so ist der Geist des Schicksals, der uns jene Kunstwerke darbietet, mehr als das sittliche Leben und Wirklichkeit jenes Volkes; denn er ist die Er-Innerung des in ihnen noch veräußerten Geistes, — er ist der Geist des tragischen Schicksals, das alle jene individuellen Götter und Attribute der Substanz in das eine Pantheon versammelt, in den seiner als Geist selbst bewußten Geist."

Etwas von ähnlicher Größe ist niemals geschrieben worden.

4. System des Neuhegelianismus. — § 15.

> I. Begriff. II. Entwickelungslehre. 1. Aufbau auf Hegel im Gegensatz zu Darwin. 2. Aber Berücksichtigung des Alogischen in der Weltentwickelung: Streit der Entwickelung mit der unorganischen und organischen Natur, wie mit dem seelischen Faktor im Menschen; Annäherung an Schopenhauers blinden Weltwillen. 3. Der Kampf der logischen Idee mit den alogischen naturalistischen, pragmatischen Elementen bildet den Inhalt der Geschichte. 4. Fortbestehen von Hegels Grundidee: Auftakt zur stetigen Vervollkommnung, ständiger Kulturfortschritt. III. 1. Anschluß an das pantheistische Vedantasystem. Doch Annahme einer realen Wirklichkeit neben der raum- und zeitlosen Wahrheit des Unendlichen. 2. Der Neuhegelianismus auch mit anderen supranaturalistischen Welterklärungen vereinbar.

I. Unsere Philosophie und Rechtsphilosophie bekennt sich zum System des Neuhegelianismus. Dies ist die philosophische Richtung, welche auf der einen Seite die Hegelsche Entwickelungslehre und Identitäts-Philosophie annimmt, auf der anderen Seite aber auch die Hegelsche Dialektik, d. h. die Lehre von einem durchaus logischen taktfesten Werden, beschränkt, welche es insbesondere unterläßt, auf Grund der Dreitaktentwickelung die Weltgeschichte einschachteln zu wollen.

II. 1. Wir entnehmen Hegel die Lehre der Entwickelung in ihrer Gestalt als Entwickelung kraft der in der Welt liegenden göttlichen Potenz, so daß dem Naturalismus des Geschehens eine geistige Kraft zugrunde liegt. Wir stehen damit im Gegen-

satz zum Pseudoentwicklungsbegriff Darwins, welcher die Umbildung auf naturalistische Zufälligkeiten zurückführt, nicht auf eine die Welt bestimmende höhere Macht.

2. a) Wir unterscheiden uns aber von unserem Herrn und Meister in Folgendem: Die Entwickelung geschieht durch den Mechanismus des Menschengeschlechtes und nur durch diesen; irgend welche anderen Ideenwesen anzunehmen, haben wir bis jetzt keine Veranlassung. Die tätige Kraft der Menschheit aber hat nicht nur mit logischen Elementen zu tun; sie hat mit Schwierigkeiten zu kämpfen, welche teils in der bloß passiv ideenerfüllten Natur, teils in dem Menschen selbst liegen, der eben nicht nur ein Ideenwesen, sondern auch ein Naturwesen ist; denn durch hundert Fäden hängt er mit der ideenlosen Natur zusammen[36]). Die Entwickelung muß sich durch den Naturalismus des Geschehens hindurchwinden, nicht in der Art, als ob der Naturalismus das unselbständige Gewand wäre, welches die logische Entwickelung umkleidet, sondern in der Art, daß der Naturalismus, als zunächst außerhalb der Entwickelung stehend, von ihr erfaßt und fortbewegt werden muß.

b) Dies sind die alogischen oder pragmatischen Elemente, die der logischen Idee selten als Förderung, meist als Hemmungen gegenüberstehen und mit der sie zu kämpfen hat, um schließlich zum Siege zu gelangen: dies ist das Alogische der Weltentwickelung. Die Entwickelung muß mit der unorganischen und organischen Natur streiten, wie mit dem seelischen Faktor im Menschen (§§ 27 ff.). In der Erkenntnis der alogischen Geschichtselemente nähern wir uns etwas dem Schopenhauerschen blinden Weltwillen (§ 14), und dies ist das Richtige in seiner sonst viele Widersprüche enthaltenden Lehre: der blinde Weltwille ist das Alogische, mit dem die Idee zu kämpfen hat.

3. a) Der Kampf der logischen Idee mit diesem naturalistischen pragmatischen Element bildet die Geschichte der Menschheit. Die Entwickelung kann durchaus nicht ungestört sein, wie in einem vollkommen eingerichteten Entwickelungsmechanismus, sondern sie wird häufig umgebogen, teils durch den Naturalismus der Welt, teils aber auch durch eine recht abwegige, selbst an das Pathologische streifende Seelenverfassung der Menschheit. Wie beim einzelnen, so treten auch bei der Menschheit Ruhepausen, auch Rückschläge, selbst krankhafte umnachtete Zustände ein (§§ 31, 32).

---

[36]) Gewisse Modifikationen in der dialektischen Entwickelung haben auch schon Nachfolger Hegels angeregt, z. B. Ceretti.

Die Idee wird hundertmal ans Kreuz geschlagen, um dann immer wieder aufzuerstehen.

b) Mit der Betrachtung der logischen Ziele der Entwickelung ist es daher nicht getan; wir müssen die Geschichte in alle Einzelheiten hin verfolgen[37]); sie wird uns nicht etwa ein ständiges Wogen gleichartiger Wellen bieten, sondern in unendlicher Mannigfaltigkeit das Schauspiel variieren: Vernunft hat mit Unvernunft zu rechten, und in unzähligen Stufen des Kampfes ringt sie sich empor. Eine Konstruktion der Geschichte kraft der Logik der Idee ist nicht möglich, sondern nur eine Auffindung der in ihr liegenden logischen Bestrebungen: die Geschichte bietet in ihrem Kampf eine Fülle von Zufallskonstellationen. Das einmal Geschehene steht im Gegensatz zu dem stets und zu allen Zeiten stattfindenden Ringen logischer Ideen. Die logische Idee aber ist die Idee der auf die Erkenntnis wie auf das künstlerische und technische Schaffen hinzielenden menschlichen Kultur (§ 2). Auf diese Weise ist die Geschichte mit unzähligen Zufälligkeiten verknüpft; unreine Elemente mischen sich ein, und die Idee tritt nur unvollkommen zutage, ganz ähnlich wie beim künstlerischen Schaffen. Allerdings ruht in diesem mannigfachen Kräftespiel zu gleicher Zeit ein ungewöhnlicher Zauber, ja hierin liegt vornehmlich der Reiz der Geschichte.

4. a) Darin aber hat Hegel recht: so wenig die ideale Entwickelung ein ungestörter Fortschritt ist, so sehr sie Rückschläge und Hemmungen aller Art zu verzeichnen hat, so ist doch sicher, daß wir in der Geschichte den Auftakt zur stetigen Vervollkommnung wahrnehmen; und es muß so sein: denn die Kulturwerte mehren sich, es müßte denn dem Gewinn der neuen Kulturwerte ein Verlust auf der anderen Seite entsprechen, was doch gewiß nicht die Regel bildet.

So wird der Kulturgehalt immer bedeutender; und dies bestärkt uns in der Annahme, daß wir in der Entwickelung nicht etwa ein einfaches Rad an der Welle zu erkennen haben, das sich dreht, ohne weiter zu kommen, und daß wir noch weniger abwärts steigen, um zu versumpfen und zu verderben, sondern daß wir gesetzmäßig vorwärts schreiten. Und wie die sinnreiche Gestaltung der Natur uns zur Annahme einer die Natur durchdringenden idealen Einheit führt, so wird der gesetzmäßige Fortschritt der Menschheit uns überzeugen von der in der Geschichte liegenden ideellen Geisteskraft. Das ist vornehmlich die Bedeutung der Geschichte.

b) Die Hegelsche Entwickelung der Idee wird, was den Menschen betrifft, zur Kulturentwickelung; wir nehmen an, daß ein ständiger Kulturfortschritt stattfindet, allerdings nicht

[37]) Es gilt, was ich im Anschluß an Wundt gesagt habe (Arch. f. Rechtsph. I S. 13), daß . . . „zwei Mißverständnisse zu vermeiden sind: das eine, welche die Welt der Erscheinungen zum Schein erniedrigt, ein Fehler, dem auch Schopenhauer verfallen blieb und gegen den wir hauptsächlich Front machen, sowie der weitere Fehler, daß man glaubt, die Metaphysik könne die Einzelwissenschaften ausschalten und durch ihre Begriffe das erreichen, was die Erfahrung mit unendlicher Mühe zu erzielen vermag; das ist ein großer Fehler: Unendlich sind die Mittel, mit welchen die Entwickelungsbetätigung sich vollzieht, unendlich sind die Wege des Allgewaltigen, und wenn wir mit ehrfurchtsvollem Schauer die letzten Ziele im tiefen Nebel zu erkennen glauben, so lehrt uns erst das Studium des Einzelnen die verschlungenen Pfade kennen, auf welchen die Entwickelung vorwärts strebt."

in regelmäßiger Reihenfolge, sondern unterbrochen durch viele Störungen und unter dem Einfluß mancher Hemmungen und Unregelmäßigkeiten. Die Kultur aber wird zum geistigen Unterpfande der Völker, sie ist das gewaltige Ziel, nach dem wir streben und ringen; denn die Idee, die sich in der Geschichte verwirklicht, ist die Herrschaft der Menschheit über die Welt durch Erkenntnis, Schöpfung und Technik. Vgl. oben § 2.

c) Wer bei dieser Sachlage verkennt, daß wir in unserer Grundidee bei Hegel stehen, wer glaubt, daß wir damit Hegel abtrünnig geworden sind, der verkennt die Grundidee in der Lehre Hegels; er verkennt, daß ein System vor 100 Jahren auch gewisse abgestorbene Bestandteile haben muß: die Irrtümer Hegels sind wie welke Blätter abgefallen, die Grundidee ist fortbestehen geblieben und blüht und sproßt noch heute weiter. Wer aber verkennt, daß dieses unsterbliche Grundprinzip Hegels das Entwickelungsprinzip ist, und wer Hegels Entwickelung nicht versteht, mit dem brauchen wir uns nicht weiter auseinanderzusetzen.

III. 1. Wir folgen wie Hegel der Identitätsphilosophie in der oben bezeichneten Weise, und das Erkenntnisproblem ist damit erledigt. Was aber die Metaphysik betrifft, so fußen wir auf dem pantheistischen System des Vedanta, des Neuplatonismus, des Scotus Erigena, aber in der Ausprägung, die es durch spätere Systeme erfahren hat. Wir betrachten die naturalistische Welt nicht als den bloßen Schein, als die Täuschung der Maya, als das Produkt unseres in den Weltwillen sich einsenkenden Intellektes, sondern als die von unserer Subjektivität unabhängige Aktion des Unendlichen; wir erkennen in diesem Aktionserzeugnis ein raum- und zeitliches Sein, eine Pluralität von Wesen; wir erkennen eine reale Wirklichkeit neben der raum- und zeitlosen Wahrheit des Unendlichen[38]).

2. Wir möchten aber hier noch das eine beifügen: Wenn wir auch persönlich unsere Philosophie und Rechtsphilosophie auf dieser Grundlage bauen, so ist sie durchaus nicht notwendig an diese grundlegende Art der Welterklärung gebunden. Sie verträgt sich auch mit dem Theismus und mit den dazwischenliegenden Systemen, sofern man nur über den Naturalismus hinausgeht und ein über der Welt der Erscheinung liegendes Unendliches annimmt: eine jede derartige Weltanschauung kann sich zur Vorstellung verdichten, daß die Kulturentwickelung eine über das tatsächliche Pragmatische hinausgehende Bedeutung hat, und daß die Kulturgeschichte wahrhaft Geschichte ist.

5. Die Lehre von Marx als Zerrbild des Hegelschen Systems. — § 16.

I. Menschheitsmaschinerie und rein ökonomische Kultur. II. Miteinspielen ethischer Kräfte ohne philosophische Wertung. III. Politische Gefahren. Ausschaltung der Verantwortlichkeit.

I. An Stelle der idealen Kulturfortbildung auf metaphysischer Grundlage stellt Marx eine Menschheitsmaschinerie, die

[38]) Über den Neuhegelianismus vgl. auch meine Ausführungen im Arch. f. Rechtsph. I S. 3, 192, 227.

sich in entgöttlichter Weise fortbewegt; an Stelle der geistigen Kultur mit ökonomischem Untergrunde tritt eine lediglich ö k o - n o m i s c h e Kultur, der gegenüber alles Geistige nur nebensächlicher Luxus ist. Die ungeheuerliche F e u e r b a c h sche Übertreibung. welche, weil die Menschen gern die metaphysischen Gebilde menschenähnlich gestalten, alles M e t a p h y s i s c h e a l s s u b j e k t i v e n S c h e i n erklärte, hat dieser Vorstellung z u - g r u n d e g e l e g e n, um aus der Hegelschen Lehre allen Geist zu bannen und nur den Bodensatz zurückzulassen.

II. Und doch kann Marx nicht anders, als daß er, weil der Mensch doch als Mensch genommen werden muß, in dilettantischer Weise e t h i s c h e K r ä f t e mit einspielen läßt. Aber sie werden n i c h t p h i l o s o p h i s c h g e w e r t e t und treten hinter die animalische Produktionkraft zurück, als ob in der bisherigen Geschichte der Mensch nur als Produktions- und Genußtier gelebt hätte.

III. Ein solcher Irrtum ginge noch an, wenn er nicht so p o - l i t i s c h g e f ä h r l i c h geworden wäre und verblendend auf die Masse gewirkt hätte. Vor allem ist es ein grobes V e r k e n n e n der H e g e l s c h e n E n t w i c k e l u n g s l e h r e, wenn man die m e n s c h l i c h e V e r a n t w o r t u n g a u s s c h a l t e n und den Menschen zur Drahtpuppe in der großen Weltmaschine machen will. Im Gegenteil, es besteht die individuelle Verantwortung daneben; und daß trotz der individuellen Willensfreiheit die Geschichte ihre bestimmten Entwickelungsziele verfolgt und erreicht, beruht eben wie alles Metaphysische auf dem Kalkulus des Unendlichen [39]).

Dritter Abschnitt

Geschichte der Rechtsphilosophie

I. Altertum

1. Inder. — § 17.

Bei den Hindus war das Denken lange Zeit viel zu sehr in den Banden der Religion und einer davon abgeleiteten metaphysischen Philosophie, als daß sich eine Rechtsphilosophie und Rechtspolitik hätte entwickeln können; wir finden aber Ansätze dazu in dem Zeitalter K a u t i l y a s (§ 133), als das Königtum sich über das Brahmanentum zu erheben suchte und eine Gesetzgebung nach praktischen weltlichen Gesichtspunkten zu geben trachtete. Doch diese Periode war von kurzer Dauer, und um die Mitte des 2. Jahrhunderts v. Chr. kam mit M a n u wieder das Priestertum und das priesterliche Recht zur Geltung. Großartiges aber haben die Hindus geleistet in der R e c h t s -

[39]) Treffendes gegen den Marxismus bietet Marianne W e b e r, Fichtes Sozialismus S. 74 f., 96 f.

methodik; denn kaum sind je so tiefe Grundsätze über Gesetz, Anwendung der Gesetze und Billigkeit ausgesprochen worden, wie in den Mimansa-Regeln des Yaimini[40]). Außerdem sind mittelbar die philosophischen Spekulationen für das Recht fruchtbar gewesen, und namentlich mußte die Entwickelungsidee der indischen Philosophie auf das Recht zurückwirken. Kein Recht ohne philosophische Grundlage, und kein Volk hat solche philosophischen Schöpfungen aufzuweisen, wie die Inder im Vedanta.

2. Griechen. a) Allgemeines. — § 18.

I. Die Griechen als Begründer. Probleme der verschiedenen Staatsverfassungen und Rechte. II. 1. Sklaven. 2. Hörige. III. 1. Männer- und Jünglingsgenossenschaften. 2. Stellung der Frau. IV. Bodenwirtschaft und Handel.

I. Die Begründer der Rechtsphilosophie sind die Griechen gewesen. Sie lebten unter günstigen Bedingungen; die Staatsverfassungen boten Stoff zur Erörterung, die Fülle und Verschiedenheit der positiven Rechte mußte zum Vergleich und zur Kritik des Bestehenden reizen; die Kritik des Bestehenden ist aber stets der Anfang der Rechtsphilosophie gewesen: wenn man die Axt anlegt an das Vorhandene, so denkt man natürlich von selbst an dasjenige, was an seine Stelle treten soll.

Das Königtum war in Sparta ziemlich entrechtet, andere griechischen Staaten hatten es völlig verdrängt, und in dem rührigen Athen entwickelte sich eine demokratische Verfassung mit allen Unruhen und Unstimmigkeiten einer solchen.

II. 1. Auch die soziale Stellung der Bevölkerungsklassen bot Erörterungstoff. Alle Philosophen stimmten darin überein, daß es neben den Freien auch Sklaven geben müsse. Das Sklaventum war so sehr in das Denken des Altertums eingedrungen, daß Plato und Aristoteles die ganze Institution als selbstverständlich betrachten. Wo Menschen als Maschinen oder als Maschinenteile wirken sollten, da konnte man nicht anders als mit Sklaven wirken; und als daher Griechenland Handel und Industrie entwickelte, da mußte das Sklaventum einen neuen Aufschwung nehmen.

2. In einem beträchtlichen Teil von Griechenland fanden sich auch Hörige der verschiedenen Arten; meist waren es Reste der eingeborenen Bevölkerung, welche, von den Griechen überrannt, auf dem Lande fortlebten und den griechischen Großen zinsen mußten.

III. 1. Die Familie war vielfach durchbrochen durch die Männer- und Jünglingsgenossenschaften, die gemeinsam lebten und ihre gemeinsamen Mahle hielten. Die Syssitien oder Andreiai finden sich in verschiedenen griechischen Gebieten, namentlich aber auf Kreta, wo alle diese Erscheinungen des Gemeinlebens besonders deutlich hervortraten[41]).

2. Die Stellung der Frau war eine verschiedene: bei den Doriern auf Kreta eine möglichst freie, und auch bei den Spartanern waren die Frauen wegen ihres freien Lebens be-

[40]) Vgl. Arch. f. Rechtsph. IV S. 235.
[41]) Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn S. 48.

kannt, ja die anderen Griechen nahmen sie deswegen ins Gerede; im attischen Staate dagegen waren sie streng an das Hauswesen geknüpft, und jede Frau mußte ihren Vormund, ihren Kyrios haben, um rechtlich auftreten zu können.

IV. Eine entwickelte Bodenwirtschaft mußte die verschiedensten Institute des Sachenrechtes erzeugen, und der Handel, welcher durch die geographische Gestaltung Griechenlands von selbst angeregt wurde, brachte es mit sich, daß eine reiche Geldwirtschaft entstand.

b) Plato. — § 19.

I. Fortschritte und Rückschritte. II. Mißachtung der Arbeit. III. Neuplatoniker.

I. In Platos „Staat" (§ 134) finden wir neben merkwürdigen Fortschritten ungeheure Rückschritte. Die Geschlechtsverbindung schildert er als Gruppenehe, ganz in altgruppenehelicher Weise, so daß man von keinem Kinde den Erzeuger kennt, ja kaum mehr daran denkt, wer seine Mutter ist; verbunden wird dies mit der modernen Idee der Zuchtwahl und der staatlichen Beaufsichtigung der Geschlechtsverbindung. Ebenso ist seine Eigentumsgemeinschaft eine ganz veraltete Erscheinung, über welche das Griechentum seinerzeit längst hinweggekommen war, während auf der anderen Seite, wenigstens bis zu Adam Smith, niemand die Vorteile der Arbeitsteilung (§§ 64, 99) so klar auseinandergesetzt hat wie er. Ungemein fortschrittlich ist das, was er über die Entwickelung der Frauenwelt sagt, der er eine den Männern ähnliche Stellung im ganzen Staatsleben geben will, allerdings unter vollständiger Auflösung der Familie; denn nicht nur soll die Kindererziehung eine staatliche sein, sondern auch das Stillen der Kinder solle gemeinsam besorgt werden.

II. Sodann zeigt sich bei Plato die geschichtliche Beschränkung der athenischen Philosophie; die Arbeit, wenn sie nicht Regierungsarbeit oder künstlerische und philosophische Schöpfung ist, dünkt ihm als etwas Unedles, Sklavenmäßiges und wird darum einer niederen Schicht der Bevölkerung überlassen, die eigentlich mehr und mehr in der Weise der Hörigen gehalten werden soll.

Das ist der gröbste Fehler einer Staatseinrichtung; denn der Adel der Arbeit wird die Kräfte des Volkes heben, und die Steigerung der technisch-wirtschaftlichen Produktion kann uns allein dem Ziele zuführen, die Welt zu beherrschen. Dazu kommt, daß diese Produktion im nächsten Zusammenhang stehen muß mit dem Fortschritt unserer naturwissenschaftlichen Erkenntnis, welcher nur möglich ist, wenn auch die Technik geadelt und von der Wissenschaft als würdige Schwester angenommen wird. Das Ganze hat etwas ungemein Ungesundes und auch unklar Gedachtes.

III. Wesentlich haben sich darüber die Neuplatoniker, besonders Plotinus erhoben [42]).

---

[42]) Am meisten muß befremden, daß ein so künstlerisch veranlagter Mann, wie Plato, dessen Dialogenkunst von niemandem überboten wurde, dessen

c) Aristoteles. — § 20.

I. „Nikomachische Ethik." 1. Sittliche Macht des Rechts. 2. Rechtsfragen. 3. Idee des Gerechten und der Proportionalität. 4. Naturrecht und Einzelrechte. 5. Recht und Billigkeit. 6. Sklaverei. II. „Politik." Sklaverei. Der Mensch als politisches Wesen.

I. 1. Die sittliche Macht des Rechtes wird betont in der sogenannten „Nikomachischen Ethik" des Aristoteles, dem Meisterwerk des Philosophen, das nachher von seinem Sohn Nikomachus herausgegeben wurde und im Gegensatz steht zu der sogenannten Eudemischen Ethik und der großen Ethik, von denen die Eudemische Ethik wohl den Schüler Eudemus zum Redaktor hat, während die große Ethik von den Aristotelesschülern im Anschluß an seine Vorträge zusammengestellt wurde.

2. An verschiedenen Stellen der Nikomachischen Ethik behandelt Aristoteles juristische Fragen: insbesondere wird die Freiheit des Willens als Grundbedingung der Sittlichkeit von ihm streng betont; und auch Zwang und Irrtum werden besprochen, und für den Zwang wird bereits der große Satz aufgestellt: coactus voluit. Mit Recht hebt er hervor, daß es hier ungerecht sei, die äußeren Umstände anzuklagen; warum war man zu schwach, um zu widerstehen? So wird auch Vorsatz, Überlegung und Fahrlässigkeit von ihm besprochen und insbesondere Vorbedacht und Affekt als verschiedene Stufen der Vorsatzschuld unterschieden.

3. Vor allem aber sucht hier Aristoteles die Idee des Gerechten aufzuspüren, die sich schon bei den im Gegensatz zu den Sophisten an reale sittliche Mächte glaubenden Sokratikern entwickelt hatte, er unterscheidet eine zuteilende und wiederherstellende Gerechtigkeit. Das Gerechte wird erkannt als das im richtigen Verhältnis Stehende, als das Maßhaltende, so daß jemand nicht mehr und nicht weniger erlangt, als ihm gebührt. Ist die Austeilung falsch, dann ist die Wiederherstellung angemessen. In gewissem Gegensatz dazu steht die vergeltende Gerechtigkeit, denn diese beruht weniger auf individueller als auf sozialer Grundlage, weil, wenn das Unrecht unvergolten bliebe, ein Zustand der Knechtschaft eintreten würde. Diese ganze Idee der Proportionalität (§ 24) ist formal, sie ist eine Umschreibung des Gerechten, insofern als dasjenige gerecht ist, was der Bestimmung des Menschen im Großen und Kleinen entspricht.

Sprache das Entzücken des Sprachkundigen ist, schließlich der Kunst sich völlig feindlich gegenüberstellt und ihre Schöpfungen als Täuschung und Trug ganz beiseite schiebt, verkennend, daß gerade die Kunst unsere Ideale am besten zur Darstellung zu bringen und uns durch neue Weltschöpfungen die Relativität der sinnlichen Welt vor Augen zu stellen vermag. Aristophanes hat darum Plato verspottet. Plotinus läßt auch der Kunst volle Gerechtigkeit widerfahren.

Ist die Sklaverei gerecht? Ist es gerecht, daß man seine Ehe scheidet? Daß man das Eigentum im einen oder anderen Moment erwirbt? Auf alles dies gibt der Kanon der Proportionalität keine Antwort; er sagt nur: dasjenige soll eintreten, was nach der Kulturordnung proportional ist. d. h. was am besten dazu beiträgt, den Bestrebungen des menschlichen Fortschrittes zu dienen. So ist z. B. die Frage, ob die Kinder gleichheitlich erben oder ob dem ältesten ein Vorrecht zukommt, durchaus nur nach dieser Richtung hin zu entscheiden. Daß allerdings etwa bei der Beerbung, wenn keine Gründe für die Verschiedenheit vorhanden sind, der eine gleich dem anderen behandelt werden soll, ist sicher; aber dieses ist wieder nur ein Ausfluß dessen, daß eine Ordnung des Rechts, und nicht eine Ordnung der Willkür herrschen soll.

4. Außerdem wird in der Nikomachischen Ethik bereits der Unterschied zwischen dem allgemeinen Naturrecht und dem Rechte der einzelnen Völker angedeutet. Das allgemeine Naturrecht ist das von der Natur gegebene, im Gegensatz zu den willkürlichen Bestimmungen der Gesetze, z. B. wie groß das Lösegeld eines Kriegsgefangenen sei. Aber auch das Naturrecht sei nicht unveränderlich, es sei veränderlich wie die Menschheit, nur die Götter seien stetig (§§ 21, 23).

5. Der Unterschied zwischen Recht und Billigkeit wird dahin ausgeführt: Billigkeit habe dann einzutreten, wenn das Recht in seinen Folgen gegen sich selbst wirke, weil es als Durchschnittsrecht nicht alle Fälle gleichmäßig beherrschen könne. Dies ist ein richtiger Gedanke: die Rechtsregel soll nicht starr sein, sondern im einzelnen Falle die Möglichkeit der Abweichung gestatten nach Maßgabe der besonderen Fälle.

6. Natürlich ist auch Aristoteles ein Mann seiner Zeit; das zeigt sich schon in der Würdigung der Sklaverei (§ 18) und, ebenso wie bei Plato, in der Verachtung der körperlichen Arbeit. Er gründete die Sklaverei noch besonders auf die Eigenschaften der Menschen, von denen die einen zum Herrschen, die anderen zum Dienen bestimmt seien, vor allem aber auf die Notwendigkeit physischer Arbeit, und zwar auch solcher, welche wenig Individualität bietet und eine Zusammenfassung größerer Menschenmassen verlangt: Er wollte sogar einen Unterschied in der physischen Konstitution der Sklaven und Freien machen, einen Unterschied, der natürlich nur dann Sinn hätte, wenn lediglich Menschen anderer Rasse Sklaven wären, wie ja auch Plato wollte, daß keine Hellenen Sklaven der Hellenen sein sollten. Aber auch Aristoteles gibt zu, daß zwischen dem Sklaventum als einer natürlichen Einrichtung und der wirklichen Sklaverei zu unterscheiden sei, und daß durchaus nicht immer diejenigen Menschen, welche nach dem Gesetze Sklaven waren, auch kraft ihrer Naturanlage zu Sklaven bestimmt gewesen seien.

Übrigens fehlt es bei ihm, ebenso wie bei anderen Philosophen, auch nicht an starken Sophismen; so z. B. wenn er ausführt: da der Sklave als Teil seines Herrn zu betrachten sei, so könne ihm vom Herrn kein Unrecht widerfahren, weil man kein Unrecht gegen sich selbst begehen könne. Glücklicherweise hat die Jurisprudenz hier vielfach anders entschieden, und schon im griechischen Rechte finden sich Bestimmungen in dem Sinne, daß der Herr

den Sklaven nicht straflos verletzen dürfe [43]). Die Griechen haben die Sklaven niemals so sehr als bloße Sachen behandelt, wie es die Römer taten, und Plato bestimmt, daß, wer seinen Sklaven getötet habe, sich mindestens durch ein Opfer reinigen müsse.

II. Noch reicher an Ergebnissen ist das Werk des Aristoteles über die Politik. Auch hier nimmt er die Sklaverei in Schutz; hier finden wir den berühmten Spruch, daß man die Sklaverei dann abschaffen könne, wenn die Weberschiffchen selbst arbeiteten und die Spindeln sich selbst drehten; mit anderen Worten: es keimt bereits die große Erkenntnis auf, daß seinerzeit der Maschinenbetrieb die Sklaverei unnötig machen werde. Im übrigen ist es einer der Hauptgedanken der aristotelischen Rechtsphilosophie, daß der Mensch für die Gemeinschaft geschaffen, ein politisches Wesen (zoon politicon) sei, und daß daher der Staat nichts Gemachtes, Erkünsteltes, sondern etwas Natürliches sei, das, wie er darlegt, sich aus der Familie entwickelte (§ 135).

II. Älteres Naturrecht

1. Wesen. Ursprung im Altertum. — § 21.

I. Wesen. II. Ursprung im Altertum.

I. Die Rechtsphilosophie des Mittelalters wird charakterisiert durch das Naturrecht; dieses geht in seiner schroffen Form davon aus, daß es ein festes, ewiges Recht gebe, das für alle Zeiten passend sei und nur eben vielfach noch nicht richtig erkannt werde, und diese Anschauung hängt zusammen mit der weiteren Meinung, als ob die durch Gott ins Leben gesetzte Menschenkultur ein für allemal abgeschlossen wäre, so daß höchstens noch unbedeutende Änderungen nötig seien; demgemäß solle das Recht so gestaltet sein wie es den Geboten der Gottheit entspricht.

II. Der Grundgedanke des Naturrechts geht auf das Altertum, auf unseren Herrn und Meister Aristoteles und das 7. Kapitel des 5. Buches seiner staunenswerten „Nikomachischen Ethik" zurück und ist von da über die Stoa hinaus in das römische Recht und in das Mittelalter übergegangen. Aristoteles war auf völlig richtiger Fährte. Er nahm an, daß, wenn das Recht auch ständiger Änderung fähig sei, es doch ein einheitliches Machtbestreben, eine innere Gewalt in sich trage, die uns zum Heil zu lenken sucht. Welches aber diese heilbringende Richtung ist und wie sich hier das ständig Seiende zu der Beweglichkeit der Geschichte verhält, das war im Mittelalter Gegenstand mächtigen Ringens. In der Tat: das sogenannte Naturrecht von Hugo Grotius und seinen Nachfolgern ist nichts weiter, als der bloße Abklatsch der Ideen, welche die Scholastiker aus Aristoteles heraus im Kampfe der Geister geschaffen haben.

---

[43]) Kohler und Ziebarth, Recht von Gortyn S. 51, 95.

2. Scholastiker. a) Frühscholastiker. Thomas von Aquin. — § 22.

I. Frühscholastiker. II. Thomas. 1. Versöhnung des Aristoteles mit der christlichen Lehre. Das Naturrecht als dem Menschen vorgeschriebenes Gesetz. 2. Es ist nicht dauernd in bezug auf die Folgerungen. Spekulative und praktische Vernunft. 3. Das menschliche Gesetz veränderlich.

I. Isidorus von Sevilla gibt uns eine Darstellung des Naturrechts, welche in das Corpus juris canonici aufgenommen worden ist; es wird hier als selbstverständlich erklärt, daß Institute wie die Verbindung von Mann und Weib, die Erziehung von Kindern, die Okkupation von Sachen des Gemeingebrauches usw. Regeln des Naturrechts sind. Später hat sich dieser Naturrechtsbegriff vielfach mit dem Begriff des göttlichen Rechts verschwistert, und Schriftsteller wie Abaelard und Alexander von Hales sind im vollen Gang, das Naturrecht und das göttliche Recht zu identifizieren.

II. 1. Da wurde Aristoteles wieder entdeckt, und nachdem man sich allmählich von den sufitischen Anschauungen der Araber befreit hatte, trat im 13. Jahrhundert derjenige Mann auf, welcher durch die Versöhnung zwischen Aristoteles und der christlichen Lehre auf Jahrhunderte hinaus bahnbrechend gewirkt hat. Aristoteles bot den Begriff der Substanz, den Begriff eines über der Substanz stehenden Geistes, den Kausalitätsbegriff, er sprach von Willensfreiheit, vom Staat, von den verschiedenen Arten des Staates und der Gesellschaft; überall konnte die christliche Lehre einhaken, und dies mit dem größten Geschick getan zu haben, ist das unvergängliche Verdienst von Thomas von Aquin. Er gab nun auch dem Begriff des Naturrechts eine Gestalt, die der Wahrheit am nächsten kommt, und vor allem in seiner Summa theologica im 1. Buch des 2. Teiles Quaestio 94 regte er die Frage des Naturrechts mächtig an. Das Naturrecht, sagte er, ist nicht ein subjektives Menschheitsempfinden, sondern ein dem Menschen vorgeschriebenes Gesetz, das aber allerdings aus den menschlichen Eigenschaften und Gewohnheiten entspringt und sich dem Einzelnen in seinem Gewissen und seinem rechtlichen Sinn kundgibt, in dem rechtlichen Sinn, der dem Menschen innewohne.

Dieses Naturrecht ist hiernach begründet in den menschlichen Bedürfnissen und Bestrebungen, es drängt dazu, das Gute, das Heilsame zu suchen, um das Schlimme zu vermeiden, das Gute sowohl für den Einzelnen, soweit es sich um seine Erhaltung handelt, als auch für das ganze Geschlecht, soweit Fortpflanzung und Kindererziehung in Frage stehen; auch soziale Güter zu schaffen, z. B. daß man nicht diejenigen verletzt, deren Umgang man bedarf, oder daß man sich möglichst unterrichtet, weil dieses zum Vorteil gereicht. Auf die weitere Frage, ob alle Tugend auf das Naturrecht zurückzuführen ist, äußert er sich darin, daß dies nur im Allgemeinen der Fall sei, und hier weiß er schon die Relativität kund zu geben, daß manche Dinge für den Einen als Tugend gelten, für den Anderen nicht.

2. Von besonderer Wichtigkeit ist sodann seine Untersuchung, ob das Naturrecht dauernd und unveränderlich sei.

a) In höchst interessanter Weise weiß Thomas über den Engpaß eines ewigen Naturrechts hinwegzukommen. Die zehn Gebote hält er zwar für unverbrüchlich und unabänderlich, I 2 qu. 100 a. 8[44]); im übrigen sei aber das Naturrecht nur dauernd in bezug auf die ersten Prinzipien, nicht aber in bezug auf die Folgerungen; und hier macht er den interessanten Unterschied zwischen der spekulativen und praktischen Vernunft: während bei der spekulativen Vernunft die Wahrheit immer ein und dieselbe und nur ihre Erkenntnis eine verschiedene ist, so können bei der praktischen Vernunft aus denselben Grundgedanken die verschiedensten praktischen Gebote abgeleitet werden, so daß bald das Eine, bald das Andere das Richtige ist: hier handelt es sich also nicht bloß darum, das Richtige zu erkennen, sondern das Richtige nach den verschiedenen Seiten hin zu gestalten.

So sei es begreiflich[44a]), daß beispielsweise bei den alten Germanen der Diebstahl als erlaubt galt. Die verschiedenen Kulturstufen müßten auf solche Weise zu verschiedenen Gewohnheiten und Rechtsanschauungen führen.

b) Und in gleicher Weise erörtert er die Frage, ob das Naturrecht geändert werden kann, und auch hier finden wir die scholastische Erklärung, es sei in bezug auf die allgemeinen Grundsätze gleichbleibend, im Einzelnen aber könne etwas zugesetzt oder geändert werden[45]).

3. Zu dem Naturrecht komme nun hinzu das menschliche Gesetz, welches dazu diene, die menschlichen Verhältnisse weiter fortzubilden, als der Naturstand es vermöchte, wie ja auch der Mensch durch die Entwickelung der Industrie sich die Mittel verschafft hat, die Natur zu überwinden. Dieses menschliche Gesetz sei veränderlich nach den Bedürfnissen und Zeitverhältnissen, aber man solle mit der Änderung der Gesetze vorsichtig sein, da jede Veränderung ein gewisses nachteiliges Element in sich trage. Dem Gesetz aber stehe die Gewohnheit gleich.

Hier argumentiert er, wie die römischen Juristen, daß, wie man durch Worte Gesetze geben könne, so auch durch die Tat, eben durch die Gewohnheit. Da ergibt sich aber bei dem reinen Monarchenstaat sofort eine Schwierigkeit; denn wie kann hier eine Vielheit der Bevölkerung durch die Tat Gesetze geben, die sie mit Worten nicht zu geben vermöchte? Hier hilft sich Thomas damit, daß diese Gewohnheit durch stillschweigende Billigung des gesetzlichen Herrschers bestätigt werde.

---

[44]) Vgl. hierzu meine Schrift: Not kennt kein Gebot S. 5.

[44a]) Dies war ausnahmsweise der Fall, nach der Eigenart der Verhältnisse.

[45]) Lex naturae, quamvis sit immutabilis quoad communia legis naturae praecepta . . . . . mutabilis tamen dicitur esse, dum multa ei utilia superaddi possunt et nonnulla propria subtrahi, quae legis observantiam pro temporum varietate impedire possent, I 2 qu. 94 a. 5.

b) Weitere Erörterungen über die Wandelbarkeit des Rechts. — § 23.

I. 1. Anerkennung der Veränderlichkeit. 2. Beschränkung durch Glaubenssätze. Zwei Fragen. II. Politische Bedeutung. Steigerung der Allmacht von Papst- und Kaisertum. Dominikaner, Franziskaner (Duns Scotus), Kurialisten, Occam. III. Islam. IV. Juristen. Bartolus. Baldus.

I. 1. So erkannte also die Scholastik die Veränderlichkeit des Rechts in hohem Maße an; wie Thomas, so auch sein Schüler Dante (Monarchia I 16); so hatten auch einst die chinesischen Philosophen die Veränderlichkeit des Rechts, ja des Sittengesetzes angenommen[46]. Hatte doch auch Aristoteles den richtigen Gedanken ausgesprochen, daß der innere Nerv der Rechte dahin ziele, die Rechtsordnung der jeweiligen Kultur anzupassen und dazu beizutragen, daß diese Kultur gepflegt, gefördert und zum Heil der Menschheit entwickelt werde (§ 20). Das Recht ist daher nichts Äußerliches, nichts Diktatorisches, nichts willkürlich zu Setzendes — kann doch das gesetzte Recht den Erfordernissen des Vernunftrechts schnurstracks widersprechen.

2. Die christlichen Scholastiker allerdings waren genötigt, gewisse Sätze der christlich-kanonischen Kultur als absolute Sätze aufzustellen, und wenn sie über die Stränge schlugen, so hatten sie den Kirchenbann zu gewärtigen. Daher ist es begreiflich, daß ihre Erörterungen vielfach einen uns fremdartigen Charakter annehmen, wobei man aber stets berücksichtigen muß, daß in ihrer Zurückhaltung mitunter die tiefsten Gedanken verborgen sind, die nur nicht recht zutage treten können. So waren es insbesondere zwei Fragen, die sie beschäftigten, Fragen, die wir heutzutage nicht mehr aufwerfen: 1. wie es kommt, daß Gott in der Bibel selbst Dinge befohlen habe, die den zehn Geboten widersprechen, und 2. die Frage, ob überhaupt nicht auch die zehn Gebote Abweichung erfahren können, also insbesondere, ob man nicht unter Umständen töten dürfe, namentlich wenn man sich in Notwehr befindet.

Die erste Gruppe von Fällen, daß z. B. Gott dem Abraham das Opfer seines Sohnes geboten habe (vgl. schon Augustinus, civitas dei I 21, XVI 32), betrachten wir natürlich jetzt ganz anders: solches war eine Erinnerung an das den semitischen Völkern gemeinsame Kindesopfer. Die anderen Fälle aber erklären wir heutzutage nach der Seite hin, daß die Vorschriften von Recht und Sittlichkeit niemals in gerader Linie gehen, sondern eine Menge von Wenn und Aber in sich fassen, also wie z. B. die ausnahmsweise Tötungsbefugnis in Notwehr und Notstand.

II. 1. Aber jene Erörterungen hatten noch eine tiefere politische Bedeutung: Wenn Gott in einzelnen Fällen von der Rechtsregel eine Ausnahme machen kann, warum nicht auch sein Vertreter, der Papst? Warum nicht auch sein weltlicher Vertreter, der Fürst?

---

[46]) Ljadsi (übersetzt von Wilhelm) V 7.

Und so steuerte man auf ein neues Ziel los und steigerte die Allmacht des Papsttums und Kaisertums.

2. Hier hielten nun die Dominikaner eine heilsame Schranke inne. Albertus Magnus und Thomas von Aquin nahmen an, daß das Recht auf ewige Grundsätze baue, von denen nur nach gewissen Richtungen hin Ausnahmen gestattet seien; welche, war allerdings Gegenstand vieler Ungewißheit [47]).

3. In Gegensatz dazu stellten sich die Franziskaner, und vor allem der große Voluntarist, der erst neuerdings in seiner weltgeschichtlichen Bedeutung erkannte Vorgänger Schopenhauers, Duns Scotus. Er war der Willensapostel, der in die Tiefen des Willensvorganges Blicke getan hat, die allen früheren verborgen waren; er hat bereits erkannt, daß der Wille nicht ein bloßer Diener der Intelligenz ist, sondern eher ihr Herr, und so ist ihm, wie Schopenhauer, Gott mehr Wille als Intelligenz, und das Recht gilt ihm nicht, weil es vernünftig ist, sondern weil Gott es will. Jetzt waren die Schleusen geöffnet, und die Kurialisten konnten die Allmacht des Papstes ins Ungemessene steigern. So hat Duns Scotus die Bahn gebrochen, und weithin verbreitete sich der Skeptizismus gegen das vernünftige Naturrecht. Mehr als je wurde die Relativität des Rechts anerkannt. Duns Scotus ging so weit, daß er selbst zeitweise die Polygamie anerkennen mochte, wenn große Männerverluste den Bestand der menschlichen Gesellschaft in Gefahr brächten. So mußte der Voluntarismus zu einem alle Gerechtigkeitsprinzipien vernichtenden Rechtspositivismus führen, er wurde der gefährlichste Feind des Rechtes und der Rechtsphilosophie, während nach der Lehre von Augustinus und Thomas das jus naturale und das jus divinum immer ein Schutzwall gegen tyrannische Übergriffe blieben (§ 153).

4. Später wurde eingelenkt, so insbesondere von Occam; und wie Occam das Grabgeläute des Kaisertums anstimmte, so führten das Schisma und das Konstanzer Konzil zu einer Minderung der päpstlichen Macht und beugten sie unter den Spruch der Bischofsgemeinschaft.

III. Auch die Scholastiker des Islam, Averroes und Avicenna nahmen (neben den heiligen Geboten des Koran) ein entwickelungsfähiges Recht an, das sich mit dem Wechsel der Zeiten verändern müsse [48]); aber auch sie waren an einzelne Bestimmungen des heiligen Rechts gebunden.

IV. In der Mitte standen die Juristen; so der große Bartolus und Baldus. Ihnen war die Relativität des Rechts und seine Verbindung mit der Kultur eine Lebensfrage, sonst wären sie nicht imstande gewesen, das römische Recht für die germanischen Verhältnisse umzugestalten. Aber auch sie betrachteten gewisse Bestimmungen des jus naturale als Schutzwall gegen die Willkür und stellten den Satz auf, daß Stadtrechte, die gegen das jus naturale verstießen, nichtig seien [49]). Auch hier artete die Entwickelung aus, und auf Bartolus, Baldus und Albericus de Rosate folgten geringere Geister, deren Kleinkrämerei ebenso unerquicklich ist, wie der gleiche Kleinsinn des 19. Jahrhunderts, weil ihnen die belebende Verbindung mit der Philosophie fehlte.

---

[47]) Vgl. meine Schrift: Not kennt kein Gebot S. 4f.

[48]) Über Avicenna vgl. Arch. f. Rechtsph. II S. 469.

[49]) So Gandinus, de malef. tit. de observ. stat. nr. 9: Das Statut (daß der bannitus vogelfrei sei) est contra jus gentium et naturale et naturali instinctu introductum, ut unus homo alii non insidietur, et jus civile, quod est mutabile, mutare vel tollere non potest jus naturale et gentium, quod est immutabile, § 11 J. 1, 2. Vgl. ferner Quaestiones statutariae (Bibl. jurid. medii aevi III p. 159a. 8): si (statutum) est contra jus naturale, non valet, quia jura naturalia sunt immutabilia, worauf die Bemerkung folgt: Si autem est contra jus civile teneat. Ebenso erklärt Hostiensis I 4 nr. 8 und 11 ein Statut, durch das die Sünde gefördert wird, für nichtig.

3. Erstarrung des älteren Naturrechts seit Hugo Grotius. — § 24.

I. Spanier. Hugo Grotius: Das Gerechte als ewige Größe wie die Sätze der Mathematik. II. Leibniz' Proportionalität der Verhältnisse. Diese wechselnd, nicht linear mathematisch. III. Weiterentwickelung. 1. Nur Schaffung des Völkerrechts. Sonst Stillstand. 2. Wolff. 3. Das Naturrecht als Hilfsmittel des Absolutismus. Neubelebung durch den Gedanken der Menschenrechte.

I. Während nun aber die Spanier im Gebiet des aristotelisch-thomistischen Naturrechts verblieben und insbesondere kraft des Konstruktionsbegriffs der praktischen Vernunft der Wandelbarkeit des Rechts einen weiten Spielraum gewährten[59]), so nahm mit dem Calvinismus das Naturrecht eine besondere Schärfe an; unter Hugo Grotius und seinen Nachfolgern verlor es seine Biegsamkeit und Geschmeidigkeit: es wurde hart und spröde. Der Calvinismus operierte allerdings mit Elementen, die er bereits vorfand, mit der Lehre der Scholastiker über die 10 Gebote, mit der Nikomachischen Ethik und dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit und der justicia distributiva; er übertrieb aber alle diese Gedanken und auch den Gedanken von der normativen Natur des Rechts als einer Sollvorschrift. Vgl. auch Hugo Grotius, Inleiding tot de Hollendsche Rechtsgeleerdheit I 1. Unter Einwirkung dieser Leitmotive kam man zu der Vorstellung: was gerecht ist, ist als ewige Größe in der Welt enthalten und ebenso unabhängig von der Erfahrung, wie die Sätze der Mathematik. Und so gelangte Hugo Grotius zu dem Ausspruch, daß Gott selbst das, was gerecht ist, nicht ungerecht machen könne, ebensowenig wie er es vermöchte, die Sätze der Mathematik zu ändern.

Vgl. de jure belli ac pacis I, 1, 10 nr. 5: „Est autem jus naturale adeo immutabile, ut ne a Deo quidem mutari queat. Quanquam enim immensa est

---

[59]) Vgl. Arch. f. Rechtsphil. X S. 243 ff. und Molina de justitia I 4, 6 und 7: Variatio eorum, quae sunt de jure naturali, non evenit propter variationem aut mutationem, quae in lege naturali fiat, sed propter adventum circumstantiae, quae extrahit objectum a numero eorum, quae lex ea comprehendebat; quare fit sine ulla dispensatione aut mutatione legis, lumine intellectus dictante et interpretante, quod persistente lege in se, ut antea erat, non intelligatur in eo eventu talique superveniente circumstantia .... jus positivum humanum efficere posse, ut aliquid liceat, quod, secluso tali jure, esset contra jus naturale; non quasi jus humanum praejudicare possit juri naturali ipsum in aliquo derogando, sed quod possit opponere circumstantiam ex parte objecti, qua id esse desinat de jure naturali, quod foret, seclusa ea circumstantia. Vgl. auch Suarez de legibus II 14, 11: Praecepta juris naturalis, quae pendent in sua obligatione praeceptiva a priori consensu voluntatis humanae et ab efficacia illius ad aliquid agendum, possunt interdum per homines dispensari, non directe ac praecise auferendo obligationem legis naturalis, sed mediante aliqua remissione, quae fit ex parte materiae ...materiam illam mutari vel variari non est contra legem naturalem...

Dei potentia, dici tamen quaedam possunt, ad quae se illa non extendit; quia quae ita dicuntur, dicuntur tantum, sensum autem, qui rem exprimat, nullum habent, sed sibi ipsis repugnant. Sicut ergo, ut bis duo non sint quatuor, ne a Deo quidem potest effici, ita ne hoc quidem, ut, quod intrinseca ratione malum est, malum non sit."

II. 1. In großer Übertreibung findet sich der gleiche Satz bei Leibniz, Juris et aequi elementa (Hauptschriften II S. 504), der davon ausgeht, daß das Recht in gewissen Verhältnissen und Proportionen liege, weshalb es ebenso wie die Zahlenverhältnisse, auch ohne jede Realität bestehe. Hier erreicht die kurzsichtige Verwechslung ihren Höhepunkt. Natürlich besteht ein Unterschied zwischen dem Begriff des Rechts und dem geltenden Rechtssatz. Der Begriff des Rechts ist der Begriff einer Ordnung und Regel.

2. Worin aber die Sätze dieser Ordnung und Regel bestehen, sagt der Begriff des Rechts nicht; insbesondere ist die Proportionalität der Verhältnisse eine wechselnde, je nach den Umständen, in welchen sich die Proportionalitäten entwickeln. Die normative Natur des Rechts kann daher nicht zu allgemeinen Sätzen führen, sondern nur zu Sätzen, wie sie den vorhandenen Kulturzuständen entsprechen. Und diese Kulturzustände sind Gegenstand der Erfahrung (§ 20).

3. Dazu kommt noch etwas Weiteres: die Angemessenheit und Proportionalität des Rechtes ist keine lineare mathematische: die verschiedensten Arten von Rechtsgestaltungen können angemessen sein; denn der Begriff der Angemessenheit ist ein Begriff der Perspektivität, wo ein Ideal der Wirklichkeit angenähert werden soll.

Der Vergleich mit der Mathematik ist völlig falsch und irreführend. Das Recht gleicht nicht den Zahlbegriffen, sondern einem Zahlergebnis, welches entsteht, wenn man aus erfahrungsgemäßen Zahlengrößen eine Rechnung vornimmt und daraus ein Ergebnis errechnet. Das Recht verlangt allerdings einen nach gewissen logischen Grundsätzen vorzunehmenden calculus, aber dieser calculus operiert mit realen Größen, und das Ergebnis ist nicht wie bei der Mathematik axiomatisch, — axiomatisch sind nur die zugrunde liegenden Denkgesetze.

III. 1. Auf diesen Verwechslungen ist das Naturrecht von Hugo Grotius und seinen Nachfolgern aufgebaut. Wie viel weiser und tiefer hatte Thomas gedacht! Das Naturrecht wurde eine starre Masse, die wie ein Alb über dem Leben schwebte und den Atem des Fortschritts erstickte. Der Gedanke, daß es ein ewiges und für alle Zeiten gültiges Recht sei, hat namentlich seit dem 16. Jahrhundert die Welt beherrscht, in vollkommenem Widerspruch mit der Entwickelungslehre und in vollkommenem Widerspruch mit dem Satze, daß alle Kultur relativ und daß für eine andere Kultur auch ein anderes Recht erforderlich ist. Wo bei den Scholastikern Fülle und Leben, ist nach Hugo Grotius nichts als

Stillstand und seichte Mache; und während im Mittelalter das Naturrecht die Völker gegen Fürstenwillkür und päpstliche Gewalt schützte, das deutsche Recht gegen das römische verteidigte und die Anforderungen der Billigkeit gegenüber dem geschichtlich Gewordenen zur Geltung brachte, so hat es seit Hugo Grotius nur die allerdings wichtige Aufgabe erfüllt, eine Grundlage des Völkerrechts zu schaffen (§ 191).

2. Nun gar die Rechtsphilosophie von Wolff, welche das 18. Jahrhundert beherrschte; sie gehört zum Gedankenarmsten, Trostlosesten und Philisterhaftesten, was im ganzen Bereich der Menschheitsgeschichte zu entdecken ist.

Nur selten erhebt sie sich zu höherem Schwung, wenn sie an die Scholastiker anknüpft und mit ihnen den Satz aufstellt, daß die lex naturalis der lex divina entspreche, der Staat daher aus der voluntas divina hervorgehe, der Menschenstaat also auch Gottesstaat sei, Wolff VIII 27. Dies waren aber Ideen der katholischen Scholastiker!

3. Das Naturrecht wurde andererseits insbesondere durch die Theorie vom Staatsvertrag (§ 138 ff.) zum Hilfsmittel des wohlwollenden Absolutismus, um das Volk nach gewissen autokratischen Rezepten brav, rechtlich und glücklich zu machen [50a]. Jedoch erfuhr es gerade durch die Lehre vom Staatsvertrag eine Neubelebung, als in Verbindung mit ihr der Gedanke der „Menschenrechte“ zutage trat, der übrigens auch nichts Neues ist; denn schon Scholastiker haben Ähnliches geäußert (§ 143).

III. Hegel und die Späteren. — § 25.

I. 1. Zertrümmerung des Naturrrechts durch Hegel. 2. Hegels „Rechtsphilosophie“. II. Niedergang nach Hegel. Jhering. Windscheid. III. 1. Vergleichende Rechtswissenschaft und Neuhegelianismus. 2. Nietzsche. 3. Lasson. Berolzheimer.

I. 1. Die Zertrümmerung des alten Naturrechts, die Aufstellung der Entwickelungslehre, welche Kultur- und Rechtsentwickelung zugleich erfaßt, ist die große unsterbliche Tat Hegels (§ 14). Nicht Savigny, sondern Hegel hat das Naturrecht zerstört; Savigny stand nicht auf der Stufe klarer philosophischer Anschauung, sondern auf der Stufe jener Romantiker, welche den geistigen Prozeß der Menschheit als Naturprozeß anstaunten und die große Eigenart des geistigen Werdens — als einer freien Tat der Einzelwesen inmitten eines metaphysischen Entwickelungsgesetzes — völlig verkannten.

2. Hegel selbst hat eine „Rechtsphilosophie“ geschrieben, die, wenn sie auch in einigen Punkten die Züge des alten

---

[50a] Über das Wirken von Hobbes in dieser Richtung § 140.

Naturrechts nicht überwunden hat, doch eines der hervorragendsten Denkmäler menschlicher Größe ist[51]).

Sie ist allerdings ungleich gearbeitet. Die privatrechtlichen Partien sind schwächer, sie leiden an Mängeln, über welche jene Zeit nicht hinauskam, da es an einer wissenschaftlichen Rechtsvergleichung fehlte; gewaltig aber ist eine Lehre vom Staat, und seine Spekulation über das Unrecht und die Reaktion gegen das Unrecht gehört zum Größten, was geleistet worden ist.

II. Man hätte nun hoffen sollen, daß sofort eine neue Blüte der Rechtsphilosophie eintreten möchte. Das war aber nicht der Fall. Der Zusammensturz der von Schelling und Hegel entrollten gewaltigen Gedankenreihen hatte einen ungeheuren Rückgang des deutschen Denkens zur Folge. An Stelle der großen Ideen trat Kleinkram von Einzelheiten, und die Erklärung einer Stelle des prätorischen Ediktes wurde für wichtiger gehalten, als die Erforschung der Bildungsgesetze des Rechts. Auf ein Wunderwerk wie die Hegelsche Rechtsphilosophie folgten dilettantische Plattheiten, wie Jherings „Zweck im Recht", und an Stelle der großen Gedanken eines Bartolus und eines Voët, welche eine glückliche Versöhnung zwischen den Erfordernissen der Gegenwart und dem Gesetzesrecht anbahnten, trat ein weltabgeschiedenes Werk, wie Windscheids Pandekten, dessen Leitmotiv der Satz war, daß das Rechtsgefühl keine Rechtsquelle sei und daher dem Gesetzesrecht gegenüber schweigen müsse, so daß das Gesetz zum unerbittlichen Tyrannen wurde; dem philosophischen Juristen wurde der Mund verbunden: von Philosophie des Rechts zu sprechen, galt als veraltet und unelegant.

III. 1. Dies ist nunmehr anders geworden. An Stelle des Kleinwesens trat die vergleichende Rechtswissenschaft, welche alle Einzelheiten zu einem weltumspannenden Ganzen vereinte. Die Rechtsphilosophie ist im Anschluß an Hegel als Neuhegelianismus wiedererstanden, welcher unter Abstoßung des Veralteten und in Anlehnung an die universale Rechtsforschung die Entwickelungslehre von neuem in das Recht einführte (§ 15). Das in der Geschichte seit Jahrtausenden, Jahrzehntausenden, Jahrhunderttausenden erfolgende Ringen der Vernunft mit den naturalistischen Hindernissen müssen wir erforschen; die Erforschung der geschichtlichen Erscheinungen der Naturvölker ist so wichtig, wie die Erforschung der Geschichte der sogenannten Kulturvölker.

---

[51]) Vgl. darüber Arch. f. Rechtsph. V S. 104. Über die Kantsche Rechtslehre will ich lieber nicht handeln; ich werde auf ihre seltsamen Aufstellungen gelegentlich zu sprechen kommen. Über Fichte, der mehr als Rechtspolitiker, denn als Rechtsphilosoph in Betracht kommt, hier aber Genialität und abstruse Sonderlichkeit in merkwürdigster Mischung bietet, vgl. Arch. f. Rechtsph. III, S. 172 ff.; Schelling ist juristisch wenig ergiebig; vgl. Arch. f. Rechtsph. I S. 487 ff.

„Die philosophische Wissenschaft ist dürftig und unvollkommen, wenn sie nur mit einer Kultur sich befaßt und darin die Geheimnisse des menschlichen Lebens zu erforschen wähnt. Das Bestreben, mit mangelhaften Kulturbeobachtungen eine Rechtslehre zu begründen, ist ebenso verkehrt, wie das Bestreben, mit Kenntnis von zwei Sprachen sich zu einer Sprachphilosophie aufraffen zu wollen. Auf dem Gebiete der Sprache müßte ein derartiges Unterfangen sofort als aussichtslos erscheinen, und man würde einem jeden, der auf solche Weise vorgehen wollte, den Rücken kehren. Auf dem Gebiete des Rechts aber hat man so etwas vermeint, und frühere Jahrzehnte lauschten solchen, die selbst erklärten, nur vom römischen und keinem anderen Recht etwas zu verstehen“ [52]).

2. Einer der ersten aber, welcher die vergleichende Rechtswissenschaft in ihrer Bedeutung erkannte, nicht ein Jurist, aber ein Philosoph, wie ihn seit Hegel die Welt nicht gesehen, war Nietzsche [53]).

3. Im Gegensatz zu jener Art der philosophischen Betrachtung, welche den großen Schatz des Denkens, den die deutsche Philosophie geboten, beiseite ließ, um bei einer bestimmten Art von philosophischem Eklektizismus anzukommen, stehen zwei bedeutende Leistungen, die Hegels Lehre tief erfaßt haben:

a) Die „Rechtsphilosophie“ des umfassenden Denkers und unvergleichlichen Dialektikers Lasson, welche einen bedeutenden Fortschritt über Hegel darstellt.

b) Den Umschwung zum Neuhegelianismus finden wir bereits in dem großangelegten, tiefgründlichen, umfangreichen Werke von Berolzheimer, „System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ I—V, welches den richtigen Weg gewiesen hat und über alle rechtsphilosophischen Erscheinungen seit Hegel und Lasson weit hervorragt [54]).

---

[52]) Arch. f. Rechtsph. I S. 195.

[53]) Über Nietzsche und die Rechtsphilosophie Arch. f. Rechtsph. I, 355. Vgl. auch das Motto dieses Buches.

[54]) Vgl. Arch. f. Rechtsph. V 397, XI 293, JLBl XXI 101 f. Über anderweitige Versuche der Rechtsphilosophie (Stahl, Krause, Ahrens, Röder, die englischen Naturrechtler Austin und Holland), insbesondere über die verfehlten neukantianischen Aprioridarstellungen, welche in der Tat nur dadurch ein gewisses Leben bekommen, daß sie unbewußt empirische Elemente in sich aufnehmen, vgl. Enzykl. 7. Aufl. I S. 11 f.; über Stammler auch Arch. f. Rechtsph. I 4 f., Z. f. vgl. R. XXXII 313 f. Über Radbruch Z. f. vgl. R. XXXII 318. Über Somlo Arch. f. Rechtsph. XI 284 f.; ebenda über die Gründe der Nichtberücksichtigung weiterer neuerer Rechtsphilosophen. Über Jung Z. f. vgl. R. XXVII 480; Wundt, Arch. f. Rechtsph. XI 288 ff.; Nelson, ebd. XI 382; Kuhlenbeck, Z. f. vgl. R. XIX 435; Cathrein, ebd. XXIV 233 f. Über neuere Rechtsphilosophen des Auslandes, vornehmlich Italiens, vgl. Z. f. vgl. R. IV 287 f., X 159 f., 303 f., XIX 432 f., XXI 291 f., XXVI 475 f., XXIX 316 f., Arch. f. Rechtsph. I 337 f., VII 56 f., Z. f. Völkerr. III 95, 379, D. Lit. Z. XXXVI 1857 f., XXIX 566 f.

IV. Modernes Naturrecht. — § 26.

I. Aufbau auf dem Entwickelungsprinzip. II. 1. Interesse. 2. Interessenabwägung. 3. Rechtserfordernisse. III. Das Naturrecht der jeweiligen Kulturperiode als Gesamtheit der jeweiligen Rechtserfordernisse. IV. 1. Gegensatz zum älteren Naturrecht und zum Positivismus. 2. Änderung und Auslegung des Rechts. Freirecht.

I. Das moderne Naturrecht gründet sich auf das Entwickelungsprinzip, auf das Prinzip des in der Menschheit waltenden Strebens nach Kultur, nach Schöpfung und Wahrung der Kulturgüter.

II. 1. Ein in der Kulturentwickelung bedeutsames Element nennt man Interesse. Man spricht von den Interessen des Einzelnen, sofern gewisse mit ihm zusammenhängende Bestrebungen für die Kulturentwickelung bedeutsam sind, wie von den Interessen der Gesamtheit oder den sozialen Interessen. Aufgabe der Kulturvölker ist es, die der Kulturentwickelung förderlichen Elemente zu begünstigen und gegen feindliche Mächte zu schützen.

2. Liegen aber verschiedene solche Interessen im Kampfe, so ist der Kampf bestens zu begleichen, entweder in der Art, daß sämtliche Interessen etwas abgeben, oder so, daß das eine Interesse über das andere die Vorhand gewinnt, je nach ihrer Wichtigkeit und Dringlichkeit, je nachdem man zurzeit mehr das Eine oder das Andere entbehren kann; und so kommt man zu dem System der Interessenabwägung (§ 46). Unsere Kulturbewegung hat sich vor allem in der Interessenabwägung zu vollziehen, und das Volk, bei dem diese am besten vor sich geht, hat den Anspruch, in der Kulturentwickelung mit an erster Stelle zu stehen.

3. Die Gruppe der hiernach in die erste Reihe gerückten, mit dem Schutze des Kulturstaates zu umgebenden, Interessen nennt man Rechtserfordernisse.

III. Die Gesamtheit dieser Rechtserfordernisse, welche sich aus der richtigen Interessenerwägung ergeben, bildet das Naturrecht im modernen Sinne, natürlich nicht ein ewiges Naturrecht, aber ein Naturrecht der jeweiligen Zeit und der jeweiligen Kultur. Das Naturrecht der verschiedenen Kulturperioden wird insofern ähnlich sein, als die Kulturverhältnisse und Kulturbedingungen ähnlich sind; je ähnlicher die Kultur, desto ähnlicher, je verschiedener, desto verschiedener auch die Rechtserfordernisse. Das Naturrecht ist daher immer ein Naturrecht der jeweiligen Kulturperiode, und wenn wir es Naturrecht nennen, so meinen wir damit nicht, daß es aus der allgemeinen menschlichen Natur stammt, sondern daß es aus der Natur der menschlichen Verhältnisse hervorgeht. Freilich kann das Naturrecht im bürgerlichen Leben nicht immer ausreichen, weil

dieses sich in unzähligen Kleinigkeiten abspielt, welche nicht in den Grundfesten der Kulturordnung wurzeln, so daß das Kulturrecht nur einige leitende Sätze zu bieten vermag. Hier gilt, was ich im Archiv f. Rechtsphil. VIII, S. 48, ausgesprochen habe: „Es kann nicht Aufgabe der Rechtsphilosophie sein, auch nur für eine abgemessene Geschichtsepoche einen Rechtskodex aufzustellen, sie kann nur gewisse Leitmotive bilden, aus denen der Gesetzgeber die Faktur seines gesetzlichen Werkes entwickeln kann. Es wird Sache der Rechtsphilosophie sein, darzulegen, daß gewisse Einrichtungen förderlich und fruchtbar, daß andere Einrichtungen unzeitgemäß und antisozial sind, weil sie die Persönlichkeit herunterdrücken oder sonst zum Verderben der menschlichen Kultur gereichen."

Wenn der Deutschamerikaner Carus, the nature of the state p. 42 sagt: „If there were no such constant features in the nature of society which are the leading motives of all the historical evolutions of the positive law, our conceptions of right and wrong would have to be regarded as mere phantoms, and our ideal of justice would be merely a dream". — — so sind diese constant features eben die Beziehungen zur Kulturordnung, in der sich das positive Recht bewegt.

IV. 1. Insofern sind wir Naturrechtler modernen Sinnes und damit ebenso verschieden von den Naturrechtlern älteren Schlages wie von den sogenannten Positivisten, welche nicht dazu kommen, die Rechtsverhältnisse zu werten, und das vorhandene Recht, wie es gegeben ist, einfach hinnehmen und auf jede Valuierung verzichten [55]).

2. Vielmehr ist zu sagen: Das Recht, wie es in der Kultur sein soll, ist nicht immer gleich dem vorhandenen Recht; denn vielfach wird von den maßgebenden Personen oder Behörden das Richtige nicht erkannt, und teilweise bleiben Erfordernisse unberücksichtigt, teilweise bedient man sich nicht der richtigen Mittel, um diesen Erfordernissen zu genügen. In solchem Falle sind zwei Bestrebungen berechtigt: einmal die Bestrebung dahin, daß das Recht und die Gesetzgebung entsprechend geändert wird, und zweitens die Bestrebung, dem Rechte eine Auslegung zu geben, welche es möglichst mit den Kulturerfordernissen in Einklang setzt. Eine derartige freie Auslegung ist das Freirecht im richtigen modernen Sinne, und damit ergibt sich auch die Begründung des Freirechts.

---

[55]) Wenn Naturrechtler älteren Schlages (z. B. Lehmann, Lehrbuch der Philos. IV S. 122) nur den Gegensatz kennen zwischen dem alten Naturrecht und dem Rechtspositivismus, so brauchen wir darauf nichts zu erwidern; was aber Bergbohms Polemik gegen das Naturrecht betrifft, so hat sie nur die Bedeutung, daß sie die völlige Unhaltbarkeit des Rechtspositivismus dargelegt hat. Vgl. Z. f. vgl. R. XIX, 433 f.

Zweites Buch

Kulturentwickelung

Erster Abschnitt

Der unlogische Pragmatismus der Welt und seine Überwindung

I. Allgemeines und unlogischer Pragmatismus der Natur

1. Allgemeines und Arten der unlogischen naturalen Elemente. — § 27.

I. Allgemeines. II. Arten der unlogischen naturalen Elemente.

I. Die Ideenentwickelung vollzieht sich durch den unlogischen Pragmatismus der Natur und des Seelenlebens hindurch; mit ihm hat sie zu ringen, durch ihn hat sie sich durchzuhelfen, um zu ihren Zielen zu gelangen [56]).

II. Zum unlogischen Pragmatismus der Natur gehören die räumliche und zeitliche Entfernung, der Naturkausalismus, die Abhängigkeit des Menschen von seiner Umgebung und vom Zufall des Lebens und die Notwendigkeit scharfer Umgrenzungen und leicht kenntlicher Umrahmungen.

2. Räumliche und zeitliche Entfernung. Naturkausalismus. — § 28.

I. Räumliche und zeitliche Entfernung. II. Naturkausalismus.

I. Die räumliche und zeitliche Entfernung setzt unseren Bestrebungen Hindernisse entgegen. Der Kulturfortschritt drängt danach, Raum und Zeit zu überwinden, die Raumschranken dadurch, daß er es den Menschen ermöglicht, ohne Rücksicht auf die Entfernung zusammen zu kommen und die Güter der Erde sich zugänglich zu machen in Überwindung aller räumlichen Hemmnisse. Ebenso sollte aber auch die Zeit überwunden werden; was allerdings nur mit geringerem Erfolge sich ermöglichen läßt; denn die Zeit steht der menschlichen Gewalt viel unerbittlicher gegenüber als der Raum. Doch auch hier hat die Rechtsordnung es vermocht, wo die natürlichen Kräfte ver-

[56]) Vgl. § 15 und den Abschnitt „Die völkerpsychologischen Grundlagen des Rechts“ in „Das Recht“ S. 62 ff.

sagten, einen Gleichwert herbeizuführen, indem man rechtlich die künftigen Güter als bereits vorhanden erachtete und sie zum Gegenstand des Verkehrs gestaltete. Sündhaft erschien es einer früheren Zeit und vermessen, in das Gebiet der Zukunft einzugreifen (§§ 85, 99, 105); aber die Menschheit hat sich darüber erhoben, und durch die Einbeziehung der Zukunft in das Verkehrsleben sind nicht nur eine Menge neuer Institute geschaffen, sondern auch eine Menge von Vorteilen erlangt und die Völker bereichert worden. Daß ein solcher Verkehr allerdings auch seine Gefahren hat und dem Zufall einen großen Einfluß bietet, soll hier nur bemerkt werden.

II. Wir können nur in und mit dem Naturkausalismus wirken und müssen uns ihm daher unterwerfen. Der Kausalismus geht auf ein metaphysisches System der Raum- und Zeitlosigkeit zurück; tritt Raum und Zeit in ihre Geltung, so wird ihr naturales Sein zur Einheit ausgeglichen durch den das Ferne und Nahe, das Zukünftige und Gegenwärtige verbindenden ursächlichen Zusammenhang. Der Zusammenhang wird dadurch hergestellt, daß das Wesen des Folgenden der Art des Vorhergehenden entspricht: die metaphysische Einheit ist auseinandergelegt und besteht doch als Einheit fort. Ursache ist daher das die Folgeerscheinung qualitiv enthaltende Vorhergehende. Den Schritt vom Vorhergehenden zur Folgeerscheinung nennt man Wirken, und man kann die Ursache daher auch bezeichnen als das Wirkende, als das bis zur Folgeerscheinung Tätige (§ 12)[57]).

3. Abhängigkeit des Menschen von seiner Umgebung und vom Zufall des Lebens. — **§ 29.**

I. Abhängigkeit von der Umgebung. II. Abhängigkeit vom Zufall des Lebens.

I. Ob die Menschen in Ebenen oder in Berggegenden, ob sie an Flüssen oder am Meere wohnen, ist für den Kulturfortschritt von ausschlaggebender Bedeutung; ebenso auch, ob sie sich in fruchtbaren Gegenden aufhalten oder in Ländern mit kargen Gaben der Natur; denn daraus wird sich ergeben, ob ein Volk zu reicher oder spärlicher Ausbeute gelangt. Vor allem aber ist die Gestaltung des Landes entscheidend für die Möglichkeit, Leichtigkeit, Schnelligkeit des Verkehrslebens; insbesondere ist der verbindende Einfluß des Meeres für die Völker förderlich gewesen, welche daraufhin den Seehandel entwickelt und damit diejenigen materiellen und geistigen Güter erworben haben, welche mit dem Verkehr verbunden sind.

---

[57]) Die nähere Ausführung und insbesondere die Darstellung des Unterschieds zwischen Ursache und Bedingung gehört der speziellen Rechtslehre an; darüber Studien aus dem Strafrecht I S. 83, Goldt. Arch. 51 S. 327.

Man hat sogar geglaubt, den ganzen Unterschied der menschlichen Geschichte auf diese natürlichen Unterlagen zurückführen zu können, was aber eine starke Übertreibung ist. Eine Überwindung dieser Beeinflussungen ist nur teilweise möglich; sie ist nur anzustreben, soweit darin kulturhemmende Elemente liegen, die namentlich bestehen können in der Schwierigkeit des Verkehrs einerseits und in der Leichtigkeit des Überfalls andererseits. Ihre Überwindung gehört nur wenig dem Rechte, meist anderen Kulturmaßnahmen an, weshalb des Weiteren hiervon abgesehen werden soll.

II. Wir können ferner den Zufall des Lebens nicht aus der Welt schaffen, aber wir können versuchen, ihn mehr oder minder unschädlich zu machen. Er ist ein fremdartiges Element in der Entwickelung; wir wollen ihn derart in unsere Gewalt bringen, daß wir ihn entfernen, wo er uns schadet, und ihn nur beibehalten, wo er uns nützt oder neutral ist. Einwirkungen der Rechtsordnung aber, um die Zufälligkeiten beiseite zu schieben, gibt es unzählige. Sie sind heutzutage ganz besonders beliebt, und unser ganzes Leben ist von Versicherungsverträgen umschwärmt, welche es versuchen, alle die Gefahren, die den Einzelnen treffen, auf eine größere Allgemeinheit zu schieben und dadurch ihre Schneide abzustumpfen (§§ 92, 107). Aber auch sonst ist in unserem Rechtsleben Vieles, was auf sogenannte Ausgleichung hinzielt. Hier handelt es sich immer darum, die Zufallsfolgen zu beseitigen zugunsten einer vernünftigen Gestaltung des Ganzen. Dahin gehören insbesondere alle Institute, welche die ungerechtfertigte Bereicherung durch rechtliche Kunstmittel zu entfernen und eine den Wertverhältnissen der Kultur entsprechende Regelung herzustellen bestrebt sind (§ 48).

4. Notwendigkeit scharfer Umgrenzungen und leicht kenntlicher Umrahmungen. — § 30.

I. Allgemeines. II. Verjährung und Ersitzung. 1. Einfluß der Kulturprozesse auf die Rechtsumgestaltung. 2. Frist als leicht ersichtliche Norm. 3. Untergang der Immaterialgüterrechte. III. Rechtsschein. Doppelte Rechtsordnung.

I. 1. In der Unvollkommenheit der menschlichen Einsicht begründet ist die Notwendigkeit scharfer Umgrenzungen und leicht kenntlicher Umrahmungen. Das Recht kann nicht immer allen Feinheiten nachgehen, welche sich aus der folgerichtigen Entwickelung der Kulturerfordernisse ergeben würden: denn das Recht ist für die Menschen und für den menschlichen Verkehr geschaffen und muß daher für den Verkehr praktisch sein. Es darf daher nicht etwa bloß reines Gold enthalten, es muß auch so handlich sein, daß es im Verkehr unter den meist nur das Recht in Bausch und Bogen kennenden Menschen gehandhabt werden kann (§ 46).

Auch der feine Kenner des Rechts wird oft alle einzelnen einwirkenden Elemente nur schwer erkennen, weil ihm die nötigen Umstände nur zum Teil bekannt sind und ihm auch die Mittel fehlen, sich in die tatsächlichen Verhältnisse weiter zu vertiefen. Ein Recht, das immer auf die genaueste Forschung

hinausläuft, kann der Menschheit nicht dienen; denn es wäre doch nicht zu verwirklichen, und ein Recht, das nicht zu verwirklichen ist, ist den Anforderungen der Kultur zuwider. Darum muß die Kultur hier gleichsam in ihr eigenes Fleisch schneiden und auf die Einreichung gewisser Vollkommenheiten verzichten, um das Menschenmögliche zu erzielen. Auch hier gilt der Satz, daß die Kunst des Lebens darin besteht, das kleinste Übel zu wählen.

2. Daraus ergibt sich, daß das Recht eine Reihe von Einrichtungen schaffen wird, welche seinen Anforderungen nur in Bausch und Bogen entsprechen, aber so gestaltet sind, daß sie den gewöhnlichen Verkehrstreibenden verständlich sind. Feinheit und Harmonie wird dann vollständig dadurch aufgewogen, daß das Recht sichere Umgrenzungen gibt. Dahin gehören die Einrichtungen der Verjährung und Ersitzung und die des Rechtsscheins.

II. 1. Die Einrichtungen der Verjährung und Ersitzung (§ 63) beruhen beide auf dem Grundgedanken, daß die Zeit eine gewisse Einwirkung auf die menschlichen Verhältnisse hat, natürlich nicht die Zeit an sich, sondern die vielen Kulturprozesse, die in der Zeit vor sich gehen, so daß nach Ablauf einiger Zeit das Recht eine Umgestaltung erfahren muß, soll es den durch die Kulturprozesse entstandenen neuen Verhältnissen entsprechen.

2. Wann aber dies eintritt, das zu bestimmen wäre Sache des einzelnen Falles, nach allen den Sonderlichkeiten, die sich bei jedem Recht in jeder Zeit und in jeder Lage gestalten. Es ist aber sehr schwer, solches im einzelnen Falle zu bestimmen, und die Folge wäre eine unendliche Unsicherheit, die durch schwierige juristische Untersuchungen zu heben wäre. Das ist nicht angängig, und darum der Satz: die Rechtsordnung stellt eine Frist auf in Bausch und Bogen, von der sie annimmt, daß sie dem regelmäßigen Verlaufe ungefähr entspricht, und damit bewirkt sie, daß zwar in einzelnen Fällen der Erfolg etwas darunter oder darüber bleibt, daß aber eine leicht ersichtliche Norm geschaffen ist, die für alle menschlichen Verhältnisse eine Wohltat bildet.

3. Dahin gehört es auch, daß die Rechte an immateriellen Gütern nach einiger Zeit untergehen müssen (§ 58), weil sie für die Allgemeinheit bestimmt sind und der ganzen Menschheit zu dienen haben; weshalb sie ihr nur einige Zeit entzogen sein können, so lange nämlich, als sie noch nicht zum allgemeinen Kulturgut geworden sind. Auch hier ist es eigentlich eine Frage des einzelnen Falles, wann dieser Umschwung eingetreten ist, aber auch hier handelt die Rechtsordnung wohltätig, wenn sie eine feste Norm gibt.

III. Dahin gehören alle Institute des Rechtsscheins, indem man der Öffentlichkeit eine bestimmte Bedeutung zumißt, so daß, was in gewisser Weise öffentlich hervortritt, im

Verkehr gilt, und daß, was nicht auf solche Weise hervortritt, entweder nicht oder nur in beschränkter Weise anerkannt wird. Man hat darum öffentliche Bücher, öffentliche Register, öffentliche Ankündigungen; und was diesem entspricht, wird mehr oder minder als gültig und bindend angenommen: denn nur so kann der Verkehr sichere Ergebnisse erzielen. Daher auch die Fälle der sogenannten doppelten Rechtsordnung, indem nicht selten ein anderes Ergebnis entsteht, wenn jemand dem öffentlichen Schein gefolgt ist, unkundig der Wirklichkeit, und etwas Anderes, wenn er der Wirklichkeit kundig war (§ 47).

II. Der unlogische Pragmatismus des Seelenlebens

1. Wesen und Walten der Volksseele im Allgemeinen. — a) Wesen der Volksseele und Beeinflussung durch die Rasse. — § 31.

I. Volksseele. II. Rasse. 1. Wesen. 2. Geschichtliche Entwickelung.

I. Die Kultur eines Zeitalters hängt zusammen mit der Volksseele und Volksstimmung. Die Volksseele ist nicht die Gesamtheit der Einzelseelen, sondern die seelische Verfassung, welche sich im Volke als soziale Einheit bildet, hervorgerufen durch die Ähnlichkeiten und Verschiedenheiten der durch gemeinsame Abstammung und gemeinsames Leben verbundenen Personen kraft ihrer täglichen bewußten und unbewußten Einflüsse. Das Leben der Gruppe ist großenteils durch die unbewußte Art der unzähligen gegenseitigen Mitteilungen beeinflußt. Dies ist die Völkerpsychologie, dies die soziologische Betätigung, im Gegensatz zu der einzelpsychologischen, von deren Walten das Naturrecht, aber auch die bisherige Rechtsphilosophie keine Ahnung hatte.

II. 1. Die Rasse enthält eine Verbindung von Erbeigenschaften und Talenten, auch eine gewisse Voreingenommenheit und ein gewisses, durch langjährige Übung angeborenes Zielbestreben und ist dadurch besonders vorausbestimmt zu einer eigenen Art der Kulturentwickelung. Darum wird der Gang der Kultur vorzüglich durch die Rasse bedingt sein, wozu aber auch natürlich die Umwelt und die Beschaffenheit der Örtlichkeit kommt, auf welcher die Rasse ihre Tätigkeit vollzieht (§ 29).

2. Außerdem aber wird ganz besonders die geschichtliche Entwickelung der Rasse in Betracht kommen und alle Ereignisse, welche in ihr Leben einwirkten.

Es kommt darauf an, ob ihr die Ausbreitung möglich war, ob sie durch umwohnende Bevölkerungen in ihrer Entwickelung gehemmt wurde, ob unruhige Geister in ihr auftraten, welche die ruhige Entfaltung ihres Wesens verhinderten, und so vieles Andere.

b) Irrationelle Zustände. — § 32.

I. Arten. 1. Religiöser Fanatismus. 2. Fremdsinniger Rückschlag. 3. Überwiegen des Gefühlslebens. 4. Überwiegen der Verstandeskritik. II. Beeinflussung des Rechtslebens. 1. Überentwickelung des Vereinslebens. 2. Sentimentalität im Strafrecht. III. Pathologische Zustände. Hexenprozesse. Folter. Religiöse Verfolgung. Revolutionen.

I. Das Walten der Volksseele kann aus der Gleichgewichtslage kommen, und es entwickeln sich dann irrationelle Zustände. Solche Zustände sind:

1. Zustände des religiösen Fanatismus, welche zu einer Unterschätzung der Erdengüter führen und eine Vereinsbildung auf Grundlage völligen Ablösens von allen irdischen Bestrebungen hervorrufen. Diese Stimmungen beruhen auf dem Übergewicht des Empfindungslebens, wobei die religiösen Vorstellungen und insbesondere der Jenseitsglaube eine große Rolle spielen.

2. Auf Zeiten von starkem Ichsinn folgt vielfach ein fremdsinniger Rückschlag, in der Art, daß man sich nun vollkommen dem Wohl Anderer widmet, in überschießender Weise Gesellschaften auf Gesellschaften, Vereine auf Vereine gründet und den minderbegünstigten Menschen nicht etwa bloß emporzuheben, sondern förmlich zu verhätscheln sucht.

3. Es gibt Zeiten, wo sich das Innenleben des Menschen zum ausschließlichen Gefühlsleben gestaltet, und infolgedessen die Entschlußkraft gelähmt und das Tatenleben fast völlig unterdrückt wird; es sind Zeiten, in welchen Haß und Rache ersterben, dafür aber auch die Initiative und Widerstandskraft notleidet. Das sind die Perioden des Sentiments und der Sentimentalität.

Das Hauptbeispiel solcher Zustände bildet die letzte Hälfte des 18. Jahrhunderts, in welcher man namentlich mit Verbrechern, Kindsmörderinnen usw. förmlich sympathisierte. Derartige Regungen kommen auch bei uns von Zeit zu Zeit zum Vorschein; aber nicht mehr in diesem Maße, denn es ist die Eigenart auch der Völkerentwickelung, daß, wenn gewisse Stimmungen gründlich durchlebt sind, sie zwar später vereinzelt wiederkehren, aber selten mehr eine ganze Periode beherrschen können.

4. a) Gibt es auch Zeiten, wo die Verstandeskritik überwiegt und man Allem auf den Grund zu kommen sucht, die Autorität der Vergangenheit für nichts hält und bei jeder Einrichtung die Frage der Vernünftigkeit aufstellt. Die Perioden werden vielfach zerstörlich sein; denn eine Menge von Dingen ist in der Natur des Menschen begründet, ohne daß unsere verstandesmäßige Einsicht sie auf bestimmte Grundgedanken zurückzuführen vermöchte, — und sodann ist schon die Verknüpfung mit dem Vergangenen an sich wichtig, damit die ganze Kulturbildung nicht verseichtet und versandet: denn nur auf dem Boden der Ge-

schichte kann sich eine Kultur gestalten. Das wird aber vielfach übersehen, und man sucht abzuwerfen, wo immer etwas nicht verstandesmäßig erklärt werden kann.

Das Hauptbeispiel dieser Zeit ist auch hier die Aufklärungsperiode Ende des 18. Jahrhunderts, welche bezüglich des Geschichtlichen ungemein zersetzend gewirkt hat.

b) Auf der anderen Seite sind aber auch solche Zeiten notwendig, weil vielfach ein geschichtlicher Rückstand geblieben ist, der beseitigt werden muß, damit die Weiterbildung vorwärtsschreiten kann.

Allerdings werden derartige Dinge, sobald nur die Nation kräftig genug ist, von selber absterben; allein es ist oft ein sehr langsamer Tod, und die veralteten, längst überlebten Einrichtungen siechen und vegetieren oft noch geraume Zeit, ohne in den Bedürfnissen der Entwickelung eine Rechtfertigung zu finden. Daher ist es wohltätig, wenn dann und wann eine rauhe Hand sie berührt und beseitigt.

II. Wie in allen diesen Beziehungen das Rechtsleben beeinflußt wird, ist leicht einzusehen.

1. Das Kongregations- und Vereinsleben führt, da man nun doch ohne Güter der Erde nicht auskommen kann, zu einer Überentwickelung des Vereinsvermögens und des Vermögens der toten Hand, und Stiftungen und letztwillige Verfügungen werden hier üppig aufschießen. Die Steigerung des fremdsinnigen Vereinsleben führt zu Geschäften im Interesse Dritter, zur Aufstellung besonderer Vereinsbeamten, zur weiteren Ausbildung des Vereinsrechts; denn wo immer eine Einrichtung im Leben in gesteigerter Weise hervorbricht, wird eine Menge neuer Fragen herantreten und manche Verwicklung sich hinzugesellen.

2. Die Sentimentalität hat sich aber besonders im Strafrecht gezeigt und zu einer vollständigen Umbildung des Strafensystems geführt. Die Aufklärungszeiten endlich pflegen auf dem ganzen Gebiete des Rechts kritisch zu wirken, und wo immer sie veraltete Vorstellungen finden, dagegen zu eifern. Das kann natürlich auch im Bereich des Strafrechts geschehen, da hier die veralteten Mißstände ganz besonders hervortreten.

Vor allem hat sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts Aufklärung und Sentimentalität in merkwürdiger Weise verbunden, indem die Sentimentalität eben ein starkes Gegengefühl gegen das Bisherige erweckte, die Aufklärung aber die mangelhafte verstandesmäßige Begründung des Vorhandenen erfaßte, so daß auf diese Weise Beides sich die Hand reichte, um zerstörlich gegen die Vergangenheit zu wirken.

III. 1. Die Zustände können förmlich pathologisch werden. Wie die Einzelseele, so hat die Volksseele ihre Abirrungen, ihre Tollheiten, ihre Überreizungen; sie kann nicht immer auf dem geraden Wege bleiben. So gibt es in der Rechtsentwickelung Perioden der schrecklichsten Verwirrung und der gröbsten Sinnlosigkeit:

Hexenprozesse, Foltermißbrauch sind nur denkbar als Äußerungen menschlicher Wildheit und Verruchtheit; so auch wenn der religiöse Eifer zur Verfolgung, das Freiheitsbedürfnis zu Revolutionen führt, und wenn auf solche Weise in die Menschheit hineingewütet wird. Gerade die Juristen sind, wie die Träger des menschlichen Fortschrittes, so auch die Rädelsführer menschlicher Verirrungen und Torheiten gewesen. Bei Hexenprozessen, bei Folter, bei Revolution und Reaktion haben die Juristen und das Recht von je eine Hauptrolle gespielt, und das Banner des Rechts ist es gewesen, das die Menschheit zu wahnwitzigen Orgien und zu den grausamsten Zerfleischungen geleitet hat.

So ist es auch bei der Kunst unbedingt notwendig, daß von Zeit zu Zeit pathologische Zustände eintreten und die Menschheit sich in alle möglichen Häßlichkeiten, Verworrenheiten, Kleinlichkeiten stürzt und Dinge erzeugt, die jedem künstlerischen Empfinden Hohn sprechen, nicht nur vom Standpunkt einer bestimmten Zeit, sondern vom Standpunkt aller Zeiten. Die Menschheit wird übersättigt, übermüdet, wirft sich auf gewisse Dinge, die völlig gegen die Entwickelung und damit auch gegen die Kultur verstoßen. Erst wenn dem Götzen des Aberwitzes Hekatomben geopfert sind, ist die Menschheit befriedigt und kann wieder zur Vernunft zurückkehren.

c) Zurückhaltende Elemente. — § 33.

I. Allgemeines. II. Religiöses Element. III. Überlieferung. Symbolik.

I. Das Seelenleben führt sein zurückhaltendes Element mit sich. Es ist durchaus nicht so gestaltet, daß das offenbar Vernünftige sofort siegt, sondern häufig bleibt trotzdem das Bestehende, und die Vernunft gewinnt oft erst nach langen Kämpfen die Oberhand. Es ist dies das Prinzip der Erhaltung, entsprechend dem Trägheitsprinzip in der Naturordnung. Dieses Prinzip wird allerdings häufig die Entwickelung hemmen und die Menschheit zurückhalten; andererseits ist es eine große Wohltat, damit nicht die Entwickelung entartet und dem wahrhaft Heilsamen das Scheinhafte beigemischt wird, was oft zu großem Schaden des Ganzen gereicht. Aber auch abgesehen davon ist es für die Entwickelung vorteilhaft, wenn ein gewisser Kern möglichst lange erhalten bleibt, um den Zusammenhang zu wahren und um durch das Andenken an die Alten und Vorfahren die übermäßige Leidenschaft zu zügeln. Auch pflegt dieser zurückhaltende Sinn einen starken Zusammenhalt für das Volk zu bilden und den Vereinzelungsbestrebungen ein Halt entgegenzurufen.

Mitunter allerdings wird das Erhalten zur Unvernunft und wirft das Volk zurück, welches den neuen Anforderungen nicht entsprechen will; und eine Nation, welche bisher in erster Linie stand, wird auf solche Weise unbedeutend, verliert Selbstbewußtsein und kulturbildende Kraft.

II. Eine alte Erfahrung ist es hierbei, daß das religiöse Element konservativer bleibt als das profane. Es hängt dies damit zusammen, daß das heilige Leben weniger rationell ist als das weltliche, also auf gewissen außerhalb der Verstandeserkenntnis liegenden Regeln beruht, die eben, weil sie nicht der Verstandeserkenntnis zugänglich sind, auch durch den Fortschritt der Verstandestätigkeit weniger beeinflußt werden. Man glaubt nicht, weil man den Glauben für rationell hält, sondern deshalb, weil der Glaube als ein über dem Menschen stehendes Heiligtum gilt. Ein zweiter Grund ist die Verehrung des im religiösen Leben liegenden Göttlichen, weshalb der Mensch sich nicht getraut, von demjenigen, was als göttlicher Wille angesehen wird, abzugehen; denn ein solches Abgehen würde die Geister Gottes von den Menschen abziehen, ihren Fluch herbeirufen und den bösen Mächten Gewalt geben, über uns zu herrschen.

III. An die Religion haftet sich daher mit großer Zähigkeit die Überlieferung oder Tradition eines Volkes, oft bestehend aus Gebräuchen, deren Sinn vollständig vergessen wird, und die auf Vorstellungen beruhen, welche man längst verlassen hat. Solche Gebräuche bilden gerade wie die religiösen Vorstellungen einen Grundstock des Kulturlebens, der zwar manchmal durch seine zurückhaltende Kraft den Fortschritt hemmt, aber auf der anderen Seite durch die Fülle des Gemütslebens, die er enthält, und durch die Anlehnung an das Bisherige einen guten Schutz bietet gegen voreilige Verstandeskultur und gegen allzu hastiges Vorwärtsstürmen. Denn der Fortschritt soll immer nur in der Art geschehen, daß die fruchtbaren Keime des Bisherigen erhalten bleiben. So kommt es, daß die Bevölkerung mitunter, obgleich sie sonst alte Gebräuche verläßt, eine Symbolik aus den alten Erscheinungen übrig behält oder auch sonst einzelne Überreste verewigt.

Auch das ist kulturgeschichtlich bedeutsam; denn auf diese Weise wird dem konservativen Sinne noch eine kleine Gabe dargebracht, um ihn zu beruhigen und wird es im Übrigen ermöglicht, daß sich die Tore des Fortschrittes öffnen können. Diese Überlebsel sind nicht etwa bedeutungslose schlichte Trümmer, die höchstens ein antiquarisches Interesse erregen, sondern sie sind gleichsam das Laungild, das man dem Altertum hinwirft, um von ihm zu erkaufen, daß es vom Schauplatze zurücktritt [58]).

2. Begriff und Seelenleben der Naturvölker. — § 34.

I. Nicht ohne Kultur, aber ohne höhere Kulturform. II. Ohne geregeltes Erwerbsleben, aber mit entwickeltem Familienrecht.

I. Wenn man von Naturvölkern spricht, so kann man das Wort nicht in der Art gebrauchen, daß es Völker ohne jede

---

[58]) Wie ich dies in der Z. f. vgl. R. XXXIII gelegentlich der Rechtsbräuche der Bulgaren ausgeführt habe.

Kultur wären. Solche Völker gibt es nicht. Der Ausdruck Naturvölker kann nur so viel heißen, daß es Völker sind, welche nicht zu einer unserer Bildung entsprechenden Kulturform gelangt sind, also beispielsweise nicht zu einer Schrift, nicht zu einem entwickelten Staatsleben, vor allem aber nicht zu einer unseren Anschauungen entsprechenden Wirtschaft.

Schon wenn man die Sprache ins Auge faßt, ist es sicher, daß Völker, die man auf die niederste Stufe zu stellen pflegt, wie z. B. die Australvölker, eine Kultur von Jahrtausenden hinter sich haben müssen. Denn derartige Sprachen mit all ihren unsäglichen Feinheiten, mit den Ausdrucksformen der merkwürdigsten Logik können nur aus jahrtausendelanger Entwickelung hervorgegangen sein. Und dies gilt auch von ihren religiösen Vorstellungen, die oft bis in die Einzelheiten hinein ausgearbeitet sind und auf Vorstellungen beruhen, die nur in Jahrhunderten erwachsen konnten [59]).

II. 1. Der Sinn für ein geregeltes Erwerbsleben geht den Völkern ursprünglich ab oder entwickelt sich nur allmählich und langsam, je nach der Veranlagung der Völker, welche mehr oder minder dem Erwerbsleben zustreben.

Haben sie keinen Sinn dafür, so sammeln sie nie, sondern genießen, was sie haben; ja vielfach gilt es als religiös anstößig, etwas aufzubewahren, weil es die bösen Geister heranziehen könnte. Wenn sie also genießen können, so leben sie im Überfluß, wenn sie nichts zu genießen haben, so darben sie (§§ 35, 40). Daher ist es begreiflich, daß solche Völker nur zu einem geringen Stande des Vermögenserwerbs gelangt sind.

2. Um so reicher ist das Familienrecht der Naturvölker entwickelt, um so reicher das ritualreligiöse Recht, aber auch das damit zusammenhängende Stammesrecht.

Wenn heutige Rechtshistoriker und Rechtsphilosophen glauben, das Recht der Naturvölker unberührt beiseite lassen zu können, so beruht dies auf einer so unvollkommenen Weltkenntnis, daß jede Widerlegung überflüssig ist; denn Unvollkommenheiten widerlegt man nicht, man konstatiert sie nur.

3. Die seelischen Triebfedern. — a) Allgemeines. Religiöse Vorstellungen. Nahrungs- und Geschlechtstrieb. — § 35.

I. Allgemeines. II. Religiöse Vorstellungen. III. Nahrungs- und Geschlechtstrieb. 1. Diese ursprünglich nicht allein herrschend. 2. Nahrungstrieb. Veredelung zum Vermögenstrieb. 3. Geschlechtstrieb.

I. Die seelischen Anlagen des Menschen sind die Räder des ungeheuren Mechanismus in der Geschichte der Welt, und zwar sind es dabei Eigenschaften, die in der Gesamtheit auftreten, wie solche, welche das Leben des Einzelnen bedingen. Die Triebe im Menschen reizen ihn unaufhörlich, treiben ihn zu neuen Tätigkeiten: man baut auf, man zerstört, und vielfach wühlt der einzelne im Fleisch der Gesamtheit, während die Gesamtheit wieder den einzelnen vernichtet. Das ist die Schädelstätte der Menschheit.

[59]) Vgl. z. B. über die Aranda Z. f. vgl. R. XXXIV S. 234 f.

auf welcher der Geist der Weltgeschichte jeden Augenblick leidet und stirbt, um wieder mit neuem Glanz aus der Gruft hervorzugehen.

II. In erster Linie stehen die religiösen Vorstellungen: das Bewußtsein der Abhängigkeit, das instinktive Empfinden des ungeheuren Zusammenhangs zwischen Menschen und Natur und die Vorstellung, daß ungeheure Geistesmächte, wie die Natur, so auch die Menschheit durchdringen.

Dieser Glaube ist ein Angebinde unseres menschlichen Wesens und verfolgt uns vom Anfang der Zeiten bis in die Kreise der höchsten Kultur. Totemismus, Ahnenkult, Verehrung wechselnder, immer neu hervortretender Wesenheiten, der Glaube an bestimmte Gottheiten, alles dies durchdringt das menschliche Leben und führt zu unzähligen Einrichtungen der menschlichen Kultur. Landbau, Ehe, Häuptlingtum, Staat, Recht und Gerechtigkeit, alles dieses steht unter dem Einfluß der hohen und höchsten Mächte; auch die Familieneinheit wird durch diesen Glauben zusammengehalten: was der Mensch denkt und fühlt, das wird religiös, es wird in Verbindung gesetzt mit diesen ungeheuren Vorstellungen, die das Leben umfassen.

III. 1. Die Meinung, daß die menschliche Kultur dereinst nur von dem Trieb nach Nahrung und Geschlechtsleben beherrscht war, gehört zu den großen Täuschungen des früheren Dilettantismus, der eigentlich auch schon vor fünfzig Jahren nicht mehr berechtigt war, da man schon damals das Völkerleben viel besser hätte kennen können, wenn man sich nur richtig bemüht hätte, es zu erforschen. Richtig ist nun allerdings, daß daneben auch die Nahrungstriebe den Menschen mit ungeheurer Macht beherrschen und ein gutes Teil der menschlichen Einrichtung hervorrufen. Die sogenannte materielle Kultur hängt großenteils damit zusammen, und wenn wir Einrichtungen, wie das Eigentum an Sachen und das Eigentum an Früchten betrachten, so können wir uns eine Vorstellung machen, wie gewaltig dies alles in unserer Kultur einwirkt [60]).

2. Der Nahrungstrieb aber ist ursprünglich brutal: man nimmt, was man bekommt, unterschiedslos, wie man es bekommt: denn der Mensch ist ein omnivorax, er verzehrt alles, er verzehrt auch seinesgleichen. Bald bricht der Trieb mit ungeheurer Gewalt hervor, bald hungert der Mensch, wenn ihm nichts in den Wurf kommt. Dieses wird erst anders werden, wenn der Nahrungstrieb zum Vermögenstrieb veredelt ist, und wenn nun auf solche Weise ein bestimmtes System und eine bestimmte Regel in den Erwerb der äußeren Güter kommt und der Mensch sich die Natur nicht bloß mit roher Gewalt, sondern auch mit Überlegung dienstbar macht (§§ 34, 39 f.).

---

[60]) Fruchterwerbsrecht kennen schon die Australvölker, vgl. Z. f. vgl. R. XXXIV S. 259.

3. Ebenso entfacht natürlich auch das Geschlechtsleben des Menschen einen der gewaltigsten Triebe, und das Bestreben nach Geschlechtsbefriedigung hat zu einer Reihe von Einrichtungen Anlaß gegeben. Vor allem hängt mit dem geschlechtlichen Triebe die Ehe (§ 72) zusammen; aber auch alle Vorgänge des Umgangs ohne Ehe, namentlich auch des Umgangs durch Tempelkulte sind durch die gewaltige erotische Kraft des Menschen hervorgelockt worden [61]).

b) Herrschaftsgelüste und Racheleidenschaft. Familiensinn. Feinere Triebe. — § 36.

I. 1. Herrschaftsgelüste. 2. Racheleidenschaft. Grausamkeit. II. Familiensinn. III. Feinere Triebe: Erkenntnis-, Schöpfungstrieb, Sympathie.

I. 1. Zu den maßgebenden Trieben gehört ferner das eigensüchtige Herrschaftsgelüste, das zwar nicht allen, aber doch einem guten Teile der menschlichen Wesen innewohnt. Das Gelüste, sich Gehorsam zu verschaffen, das süße Gefühl, andere sich dienstbar zu machen, stachelt den Menschen und reizt zu einer großen Reihe von Einrichtungen und weltgeschichtlichen Taten: Häuptlings- und Königtum gehen vielfach auf diese Wurzel zurück, und Revolutionen, Kriege, gewaltsame Umwälzungen sind oftmals diesem Triebe auf die Rechnung zu setzen. Alles das wirkt vielfach zerstörlich, vielfach aber auch wieder aufbauend und kulturbringend (§ 146).

2. Mit der Selbstbetätigung hängt zusammen die Racheleidenschaft, denn die Rache beruht eben auf dem Gefühl, daß man durch einen anderen erniedrigt und dadurch in seinem Herrschaftsgelüste gekränkt worden sei, welche Rache dann später zugunsten des staatlichen Strafrechts aufgegeben wird, aber lange Zeit die Gerechtigkeit vertreten hat (§§ 174, 179). Damit hängt zusammen das Gefühl der Grausamkeit, das seine Wurzel ebenfalls in dem Herrschaftsgefühl hat, aber noch ein besonderes seelisches Moment hinzufügt, das Moment der Freude, nicht nur an der Demütigung, sondern auch an den Schmerzen des Anderen, und dieses Grausamkeitsgefühl hat teils das Rachegefühl mit entflammt, teils auch sonst zu menschlichen Einrichtungen und geschichtlichen Taten Anlaß gegeben.

II. Auch das Gefühl der Familiengemeinschaft ist ein wichtiger Faktor in der Entwickelung des menschlichen Lebens. Es

[61]) Über die Bedeutung der Tempelkulte als einer über die ganze Menschheit verbreiteten Institution der Erotik habe ich in Recht und Persönlichkeit S. 49 gehandelt. Sie sind in Israel der Macht der prophetischen Agitation unterlegen, und diese vernichtende Wirkung ist im Christentum und im Islam geblieben, was dann allerdings wieder zu anderen unliebsamen Erscheinungen geführt hat (§ 75).

führt dazu, daß die Familien mit ungeheurer Zähigkeit zusammenhängen, auch dann, wenn die religiöse Innerlichkeit aufhört; es führt dazu, daß der einzelne den starken Trieb empfindet, für Familiengenossen zu wirken und zu leiden.

III. Dazu kommen Triebe feinerer Art: der vergeistigte Erkenntnistrieb, der künstlerische und technische Schöpfungstrieb, welcher Tausende und Abertausende mit dämonischer Kraft erfaßt, so daß sie, wie von einer geheimnisvollen Macht besessen, alles andere von sich werfen; der Trieb der Sympathie, der ursprünglich mehr nervös sinnlich, später vergeistigt wird, so daß das Einzelwesen anderen sein Leben widmet, ja sich selber für die Gesamtheit aufopfert.

Es ist zwar unrichtig, in diesen sogenannten „altruistischen" Taten einen vollständigen Gegensatz gegen den Ichsinn zu finden; denn es ist ja richtig, daß auch der Fremdsinn wieder auf dem Bestreben beruht, etwas zu wirken, was uns im Innern erfüllt und daher unserem eigenen Innern wohltut. Auf der anderen Seite aber darf nicht übersehen werden, daß eben doch dieses Eigengefühl, welches aus Sympathie hervorgeht, wenigstens mittelbar zu einer Selbstentäußerung und zu einem Wirken für andere führt. Es ist nur eben die dialektische Umkehrung, welche den Begriff in sein Gegenteil verwandelt.

Zweiter Abschnitt

Art der Kulturentwickelung

I. Allgemeines

1. Übersicht über die Kulturentwickelung. — § 37.

I. 1. Kollektivismus. 2. Individualismus. Aufnahme der Ergebnisse des Handelns Einzelner durch die Gesamtheit. 3. Übertreibung der Bedeutung von Einzelpersonen. II. Einrichtungen zum Zusammenwirken: Juristische Personen. Verkehr. Schuld-, Gesellschaftsrecht.

I. 1. Die Weltgeschichte mußte mit Gesamtheiten beginnen (Kollektivismus), dies schon deswegen, weil gerade in früheren Zeiten die Feinde des Menschen so groß waren, daß nur durch einen starken Zusammenhalt die Gefahren beseitigt werden konnten [62]).

2. Die weitere Kultur besteht nun darin, daß allmählich das Einzelwesen sich aus der Gesamtheit hervorringt (Individualismus) im vollen Anschluß an die Gesamtheit, welche die Ergebnisse des Einzelhandelns dann in sich aufnimmt. Das

[62]) Das ältere Naturrecht hat dies auf den Kopf gestellt, indem es von der Einzelperson ausging und durch willkürliche Handlungen der Einzelwesen die Gesamtheit entstehen ließ. Noch größer war der Irrtum der Pandektologie, welcher die juristische Person als eine Fiktion erklärte!

Einzelwesen führt ein selbständiges Geistesleben, wodurch eine außerordentliche Vielseitigkeit und Mannigfaltigkeit im Völkerleben entsteht. Ist dem einzelnen ein Handeln nach seiner Eigenkraft gestattet, so wird die *Intelligenz gesteigert*; werden die Ergebnisse von der Gesamtheit aufgenommen, so nimmt das *Ganze* daran *teil*; es ist aber zugleich die Geburtsstätte neuer Intelligenzen und neuer Menschenkraft; denn erst durch die gegenseitige Gedanken- und Gefühlsmitteilung und durch die Möglichkeit, die Kräfte wieder zu einem Ziel zusammenzuschließen, ist es der Menschheit möglich, die Kultur fortzubilden und die großen Taten zu vollbringen, welche die Geschichte ausmachen.

3. Wenn man behauptet hat, daß es *immer* nur *einzelne* Personen seien, welche die Ereignisse gestalten, so ist dies bedeutend *übertrieben*. Richtig ist, daß in sehr vielen Fällen gewaltige Geister die Kultur fortgeschoben haben, oft unter dem ungeheueren Widerstand der anderen; aber dies war nur möglich, indem sie ihre Gedanken in eine größere oder geringere Gemeinschaft hineintrugen und diese für ihre Bestrebungen zu elektrisieren vermochten.

II. Die *Vereinzelung* darf *niemals zur Zerstörung des gesellschaftlichen Bandes* führen und immer nur nach gewissen Seiten hin die Menschheit beherrschen. Das Menschengeschlecht muß immer wieder Mittel finden, um aus der Vereinzelung heraus zu *neuen gesellschaftlichen Schöpfungen* zu gelangen. Wenn es auch möglich ist, daß der Einzelne sein eigenes Leben lebt und sein eigenes Selbst entwickelt, so muß er immer wieder in Verkehr treten, um das Ergebnis seines Wirkens und Denkens der Gesamtheit zuzuwenden. Es ist daher das Bestreben des Kulturlebens, auch in den Zeiten der Vereinzelung immer wieder *Einrichtungen* zu schaffen, welche ein solches *Zusammenwirken* der Einzelwesen mit der Gesellschaft *anbahnen*. Dahin gehören vor allem die Vereinigungen, besonders was man *juristische Personen* nennt. Dahin gehört aber auch der ganze *Verkehr*, denn das Verkehrsleben ist nichts anderes, als eine ständige Berührung zwischen dem Einzelnen und seinen Genossen, wodurch das Wirken und Leiden des Menschen in die Gesamtheit hineingetragen wird, so daß das Ganze an der Persönlichkeit des Einzelwesens teilnimmt. Auf solche Weise wird das *Schuldrecht* mit all seinen Ausläufern, auf solche Weise wird das *Gesellschaftsrecht*, es wird überhaupt der Vertrag, worin die Einzelnen ihre Interessen zusammenfassen, gemeinschaftsbildend wirken.

Auf solchem Wege wird eine Verbindung zwischen dem Einzelleben und dem Gesamtleben der Menschen hergestellt, und wie dies im Verkehr zwischen Einzelmenschen geschieht, so im Verkehr zwischen Volk und Volk. Dieser ständige Wechsel zwischen der Vergesamtung und Vereinzelung (Kollektivis-

mus und Individualismus) ist der Haupthebel des Kulturlebens. Der Einzelne soll sich selbständig entwickeln, aber dadurch soll der ungeheure Vorteil der Vergesamtung nicht verloren gehen[63] (§§ 57 ff., 64, 85).

2. Gang der Kulturentwickelung. — § 38.

I. 1. Gruppe. 2. Religiöse Vereinheitlichung: Totem, Manitu, Ahnenkult, gruppeneheliche Verbindung. II. Vereinzelung: Einzelfamilie, Einzelehe, Familieneigentum. III. 1. Streben nach der Gesamtheit. Wirken des Staates. 2. Verkehr und rechtliche Regelung.

I. 1. a) Der Entwickelungsgang der Menschheit ist von Anfang der gewesen: zunächst wirkt die Menschheit gruppenweise: der Einzelne geht in der Gruppe auf, das Recht ist ein Recht der Gruppe, nicht ein Recht des Einzelwesens; die Gruppe gibt dem Ganzen die Lenkung: Arbeit und Genuß ist gemeinsam, und nicht der Einzelne denkt, sondern die Gruppe. Daher Einrichtungen, wie Gruppenehe, Gemeineigentum und gemeinschaftliche Arbeit.

Auf solche Weise kann die Menschheit ihren Feinden widerstehen, auf solche Weise kann der Natur so viel abgerungen werden, um mit der dürftigsten Entwickelung der Kulturmittel das Vorhandene zu erhalten.

b) Wie sehr der Einzelne in der Gesamtheit aufgeht, das zeigt sich auch darin: das Schwerste, was einen treffen kann, ist, daß er aus der Gemeinschaft ausgestoßen wird. Er ist dann eine Null und dem Verderben preisgegeben. Doch kommt es vor, daß sich Einzelne trotzdem erhalten, und wenn auf solche Weise die Ausstoßungen öfters stattfinden, so bilden sich Gruppen der Ausgestoßenen, die dann wieder als Gruppen zweiten Ranges ein Zweitgebilde neben den maßgebenden Geschlechtern oder Horden darstellen.

2. Es zeigt sich ferner darin, daß die Gesamtheit auch religiös vereinheitlicht wird; dies erfolgt durch den Gedanken, daß sämtliche Geschlechtsmitglieder von einem Geiste (Totem) getragen sind, und die Geisterwelt holt man zunächst natürlich nicht aus der Phantasie, sondern aus der Wirklichkeit: die Geister sind Tiere, und die vergeisterten Geschlechter sind Tiergeschlechter und tragen das Tierwesen in sich. Später tritt an Stelle dessen der Kult des Einzeltotems, des Manitu, kraft dessen der Einzelne sich aus der Gesamtheit hervorringt, und sodann der Kult der Ahnen, welcher den Einzelnen wieder zur Familieneinheit zurückführt. Mehrere solcher Totemverbände werden wiederum zusammengefügt durch gruppeneheliche Verbindung,

[63]) Darüber habe ich ausführlich gehandelt im Abschnitt „Die soziologischen Grundlagen des Rechts“ meiner Schrift „Recht“ Seite 7 f.

und auf solche Weise trägt die Rechtsordnung dazu bei, die verschiedenen Geschlechter zu verklammern und zu verankern [64]).

II. Gewinnt auf solche Weise die Menschheit Kraft und Stärke, kommt sie dazu, die Natur zu pflegen, erreicht sie Ackerbau und Viehzucht, dann ist zwar noch lange Zeit Alles gemeinsam, aber doch werden sich daneben Vereinzelungen in der Familie, Vereinzelungen im Vermögen (§ 57) entwickeln. Die Vereinzelung wird gesteigert werden durch die Notwendigkeit, auszuschwärmen und in kleineren Gruppen die Mittel des Daseins zu suchen. So wird allmählich das Geschlechtertum zurückgedrängt, und an Stelle der Gesamtheit tritt Einzelfamilie, Einzelehe, Familieneigentum, und indem der Einzelne die Früchte seiner Arbeit selbst genießt, setzt sich die Gesamtgesinnung um in die Einzelgesinnung, was eines der mächtigsten Mittel ist, das die menschliche Kraft beschwingt und sie wie durch eine starke Feder hinauftreibt. Schließlich will jeder den anderen überbieten, jeder seinen Nachbarn bezwingen; und auf diese Weise entsteht von selbst eine Fülle von Errungenschaften und eine reiche Menge neuer Kulturgüter.

III. 1. Aber auch hier drängt die Entwickelung wieder zusammen, denn je intensiver die Einzelentwickelung wird, um so mehr wird sie sich vermannigfaltigen; und je mehr der Einzelne sich auf ein Gebiet beschränkt, um so mehr wird sich die Notwendigkeit ergeben, daß er sich wieder an Andere anschließt. So muß die Vereinzelung wieder nach der Gesamtheit streben. Es entstehen Probleme, die nur durch gemeinsame Kräfte bewältigt werden können. Die Familie ist nicht mehr imstande, die Erziehungsaufgaben vollständig zu erfüllen; die Einzelrechte müssen durch besondere Hilfsmittel geschützt werden, und insbesondere geht es nicht mehr an, diesen Schutz der Selbsthilfe eines jeden zu überlassen: der Staat muß als schützendes Wesen eintreten, und wo früher der Einzelne sich half, tritt nun das Wirken des Staates ein (§ 126 ff.). Jetzt entsteht die Errungenschaft des staatlichen Prozesses (§ 158), des staatlichen Strafrechts (§ 178); und auch Einrichtungen, in welchen sich die Einzelwesenheit am mächtigsten kundgibt, wie die Ehe, bedürfen nunmehr staatlicher Hilfe und Aufsicht.

2. So führen die Mächte, welche die Menschheit vereinzeln, wieder zur Gesamtheit, und wo früher die Gesamtarbeit in festem Takte und sicherem Pendelschlag tätig war, da drängt nun die Einzelarbeit zum Verkehr; Verkehr und Austausch wird nun

---

[64]) Vgl. mein Orientalisches Recht S. 5. Wer den Totemismus nicht kennt, sollte keine Rechtsphilosophie und keine Rechtsgeschichte betreiben; ohne solche Urinstitutionen kann die Menschheit nicht erfaßt werden.

die Losung, und es tritt wiederum die Versöhnung ein zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit. War schon bisher das Recht mächtig wirksam, so wird natürlich jetzt seine Wirksamkeit wesentlich gesteigert: denn der Verkehr will seine rechtliche Regelung; die verschiedenen Einzeltätigkeiten müssen sich bestimmten Grundsätzen unterordnen, ohne welche der Betrieb nicht bestehen kann. Und so ist das Recht wiederum das Zaubermittel, wodurch die Gesamtheit des Volkes aneinandergeknüpft wird, wie die Fäden im festen Gewebe. Und wie der Verkehr die Einzelwesen zusammenhält, so umschlingt der Völkerverkehr die Völker, und es entsteht nun wiederum dieselbe Widerspruchslage zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit und dieselbe Versöhnung durch Verkehr und Verkehrsrecht (§ 41).

Auf solche Weise bietet die Menschheitsgeschichte ein stetiges Drängen nach Vereinzelung und wiederum einen ständigen Zwang zur Gemeinschaft; dem entspricht eine fortgesetzte Entwickelung rechtlicher Grundsätze, welche auf der einen Seite die Kräfte des Einzelnen gewaltig stützen, auf der anderen Seite auch wiederum die Vereinigung fördern und es bewirken, daß die Betätigung des Einzelnen zum allgemeinen Gute der Menschheit wird.

II. Vermögenskultur

1. Vermögenstrieb im Allgemeinen — a) Bedeutung des Vermögenstriebs. — **§ 39.**

I. Drang zu vernünftiger Tätigkeit. II. Erkenntnisdrang. III. Erfindung und Entdeckung. IV. Nicht für alle Geistesgebiete bedeutsam. V. Herrschaft der Nation.

I. Eine höhere Kultur, namentlich eine Kultur im Sinne einer Weltbeherrschung kann ein Volk nur erwerben, wenn es einen bestimmten Vermögenstrieb in sich spürt und dahin strebt, Vermögen anzusammeln und in Verkehr zu bringen (§§ 35, 52). Nur auf diese Weise kann die Bevölkerung zu einer durchaus vernünftigen Tätigkeit gelangen, und nur auf diese Weise wird der Mensch gestachelt werden, durch neue Erfindungen sich hervorzutun und die Natur zu überwinden.

II. Aber auch der Drang nach Erkenntnis wird durch den Vermögenstrieb mächtig gehoben.

Schon die Notwendigkeit, fremde Gebiete zu besuchen, um die Ware dort abzusetzen, fremde Gegenden kennen zu lernen, mit fremden Völkern zu verkehren, wird ein Volk gewaltig fördern: denn der Handel verbindet, und der Handel zwingt zu einem Austausch nicht nur der Waren, sondern auch der Gebräuche, Sitten, Rechte und sonstigen Kulturgüter.

III. Auch nach anderer Seite hin tritt eine Steigerung ein; denn Erfindung und Entdeckung stehen in unmittelbarem Zusammenhang. Die Erfindertätigkeit wird zur Entdeckung führen und neue Blicke in die Geheimnisse der Natur eröffnen; auf diese Weise tritt eine mächtige Förderung der Erkenntnis ein.

IV. Damit soll nicht gesagt werden, daß alle Gebiete des menschlichen Geistes hiermit zusammenhängen; denn beispielsweise wären die Hindus schwer-

lich die großen Philosophen geworden, wenn sie sich nicht zeitig von dem Erwerbsleben abgekehrt hätten, und die mönchische Bildung des Mittelalters mit ihrem philosophisch theologisch historischen Streben bewegte sich auf einsamen Bahnen. Doch auch hier spielt der Erwerbsbetrieb insofern mit, als derartige Einrichtungen wie die kirchlichen Gemeinschaften und Klöster eine fleißige Bevölkerung voraussetzen, welche soviel erübrigt, daß hierdurch den strebenden Geistern die Möglichkeit gegeben wird, sich ganz der Wissenschaft zu widmen.

V. Auch nach anderer Seite hin wird der Vermögenstrieb für das Volk bedeutsam: die Fülle der Vermögensmacht gewährt einer Nation die Möglichkeit, daß sie herrscht und im Streite der Nationen die Obhand gewinnt.

Auch das ist allerdings nur mit gewissen Beschränkungen richtig, weil andererseits der Vermögensbesitz, namentlich wenn er schlecht verteilt ist, auch eine erschlaffende Wirkung auszuüben vermag. Doch auch dies wird teilweise dann ausgeglichen, wenn der Vermögenstrieb ein sehr starker ist, und die Fülle des Besitzes den Einzelnen noch nicht in Ruhe läßt, sondern er trotzdem zur Weiterarbeit gestachelt wird.

b) Entwickelung des Vermögenstriebs. — **§ 40.**

I. 1. Entstehung durch Nahrungsmangel und Ackerbau. 2. Bedeutung des Ackerbaus. 3. Bildung des Vermögensrechts. II. Kapital.

I. 1. Der Vermögenstrieb ist nichts Ursprüngliches. Der Mensch muß schon durch äußere Momente dazu angespornt werden, daß er sammelt und eine geregelte Erwerbstätigkeit beginnt, und solche Momente sind insbesondere zwei: einmal der zeitweise Mangel an Lebensmitteln, welcher es herbeiführt, daß man notwendig für die Zukunft etwas zurücklegen muß, weil man sonst einfach dem Hungertode preisgegeben wäre (§§ 34, 35), und zweitens der Ackerbau oder vielmehr die Bodenpflege; denn da erst nach einer gespannten Tätigkeit und einer längeren oder kürzeren Zwischenperiode eine Zeit der Ernte kommt, so ergibt sich hier von selbst ein systematisches gegenwärtiges Arbeiten für zukünftige Zeit und damit die Notwendigkeit, etwas aufzuspeichern, um für die Zwischenzeit gewappnet zu sein.

2. Der Ackerbau ist deswegen eine notwendige Vermittlung der höheren Kultur; er führt den Menschen zu einem seßhaften Dasein; er ermöglicht eine Ansammlung größerer Menschenmassen auf einem beschränkteren Gebiete. Er befreit den Menschen mehr oder minder von den Zufälligkeiten des Lebenserwerbs.

Er setzt allerdings auch gewisse besondere Eigenschaften voraus, namentlich eine starke Hingabe an die regelmäßige körperliche Arbeit, eine gewisse Bezähmung der Leidenschaften, eine energische Selbstbeherrschung, welche den Menschen auch in den Augenblicken zur Arbeit treibt, in denen seine Arbeitslust eine geminderte ist.

3. Ist in dieser Weise eine geregelte Tätigkeit entwickelt und eine folgerichtige Haushaltung ermöglicht, dann wird der Sammel-

trieb sich bilden, und wenn das Volk einigermaßen auf Wirtschaft angelegt ist, so wird die Vermögensbestrebung in größerem Maße erwachsen, und damit ist das Vermögensrecht von selber gegeben.

II. 1. Sobald der Vermögenstrieb im Menschen erwacht, tritt dasjenige hervor, was man Kapital nennt. Unter Kapital, welches ein mehr wirtschaftlicher als juristischer Begriff ist, versteht man eine Ansammlung von Erzeugnissen, welche nicht dazu bestimmt sind, verzehrt zu werden, oder welche mindestens nicht sofort verzehrt werden sollen, sondern aufbewahrt werden, um entweder für die spätere Verzehrung oder für die Weitererzeugung zu dienen.

Nicht alle geistig bedeutenden Völker haben die für den Ackerbau erforderlichen Eigenschaften entwickelt, und wo dies nicht geschah, und sie infolgedessen dem Ackerbau ferngeblieben sind, haben sie es auch nicht vermocht, eine bestimmte Stufe der Kultur zu überschreiten; bei ihrer geringen Vermögens- und Kapitalbildung sind sie nicht imstande gewesen, alles dasjenige zu erreichen, was sich an den Vermögenssinn und die Vermögenstüchtigkeit knüpft.

2. Nur ein Volk, welches Kapital sammelt, kann sich aus den Zufälligkeiten des Lebens zu einer folgerichtigen und dauernden Tätigkeit aufraffen, und nur ein solches kann zu einer stärkeren Produktion gelangen. Denn diese setzt immer voraus einmal ein vorhandenes Erzeugungskapital und sodann genügende Vorratsmittel, um für einige Zeit sich vollkommen einer bestimmten Arbeit widmen zu können.

2. Verkehr. — a) Kulturförderliche und kulturfeindliche Elemente. — § 41.

I. Kulturförderung. Ichsinn. II. Kulturfeindliche Richtungen. 1. Allgemeines. 2. Spiel. 3. Spekulation.

I. Das Zusammenwirken der Einzelwesen im Gebiete der Vermögensbestrebungen zum Zwecke der Kulturziele heißt Verkehr. Der Verkehr hat die Bedeutung, zu bewirken, daß die Lebensgüter an diejenige Stelle kommen, wo sie am besten dienen und der Menschheit die größten Hilfsmittel gewähren können. Der Verkehr ist daher eminent kulturförderlich, und alles, was den Verkehr unterstützt, ist eine Unterstützung der Kultur. Allerdings kann man den Verkehrtreibenden die Absicht, auf solche Weise für die Menschheit zu wirken, nicht zumuten. Diese fremdsinnigen Absichten wären auch viel zu schwach und hätten eine viel zu geringe Federkraft, um den Verkehr in genügender Weise zu beleben. Darum muß der Ichsinn hinzugezogen werden, dessen aufstachelnde Kraft zu den mächtigsten Faktoren der Menschheit gehört.

Der Ichsinn des Handels wirkt Wunder. Er belebt die menschliche Tätigkeit, treibt zu unablässigen Bemühungen, regt den Scharfsinn an und spornt den Menschen, immer und immer nach neuen Hilfsmitteln zu suchen. Es wäre

daher nichts törichter, als wenn die Rechtsordnung hier den Ichsinn ausrotten oder auch nur bekämpfen wollte, und daher ist es begreiflich, daß das Verkehrsrecht, namentlich das Handelsrecht, eben auf diesem Ichsinn aufgebaut ist; denn es ist gerade das Wesen der Geschichte, daß derartige Einzeltriebe für die Bildung der Gesamtkultur verwendet werden: die Absicht, zu gleicher Zeit für die Gesamtheit zu wirken, mag öfters in weitem Horizonte mit vorschweben, aber sie ist nicht das Entscheidende (§§ 59, 89).

II. 1. Wohl aber muß objektiv das Verkehrsleben so gestaltet sein, daß es den Kulturinteressen dient und also dahin treibt, einerseits die Güterwelt und andererseits den Nutzen der Güterwelt zu erhöhen. Schlägt der Verkehr Richtungen ein, welche nicht dahin zielen, dann ist er unfruchtbar und kann sogar schädlich und verderblich wirken.

2. So insbesondere, wenn der Verkehr zum Spiel wird, in der Art, daß er keine Verschiebung der Lebensgüter erzielt, sondern bloß bewirkt, daß der Eine reicher und der Andere ärmer wird, d. h. der Eine das verliert, was der Andere gewinnt. Auf diese Weise steht das Spiel im Gegensatz zur Spekulation. Wenn zwei Kaufleute miteinander verabreden, daß je nach dem Stande des Börsenpreises der eine dem anderen etwas zahlen soll, so ist dies ein bloßes Spiel, welches keine Warenverschiebung bewirkt.

3. Wenn aber beide verabreden, daß der eine dem anderen ultimo Waren liefern soll zu einem bestimmten Preise, so wird zwar auch der eine ärmer, der andere reicher, aber damit ist eine Übertragung der Ware erzielt worden, und dies gehört mit zu den organischen Bewegungen des Verkehrs, dessen Gesamtübung die Kultur belebt: denn der Verkehr setzt sich aus einer Menge von Einzelbewegungen zusammen, und jede Einzelbewegung wirkt als Teil des Ganzen. Die Spekulation ist eine Verbindung von Verkehrsakten zu dem Zwecke, um sich durch das Ganze einen Gewinn zu verschaffen.

Man sucht eine Bewegung der Waren zu erzielen, welche zugleich den eigenpersönlichen Vorteil bewirkt, wie z. B. wenn jemand Waren kauft und sie dann wieder verkauft: er hofft, sie teurer zu verkaufen, als er sie erworben hat. Die Verbindung dieser zwei Geschäfte ist die Spekulation. Der Spekulationsgewinn verbleibt dem Kaufmann als eigenpersönliches Ergebnis und ist der Lohn für eine Tätigkeit, die eben dadurch kulturfördernd wirkt, daß sie durch Bewegung der Ware den Verkehr befruchtet [65]).

b) Einzelne Verkehrsgestaltungen. — α) Individualismus. Genossenschaften und Zunftsystem. — § 42.

I. 1. Individualismus. Freier Wettbewerb. 2. Unlauterer Wettbewerb. II. Genossenschaften. Zunftsystem.

I. 1. Der Verkehr kann völlig individualistisch gestaltet sein, indem ein jeder Verkehrtreibende die Bedingungen bestimmt.

[65]) Über das Geheimnisrecht in bezug auf die Spekulation § 89.

unter welchen er in den Verkehr eintritt: dies ist das Prinzip des freien Wettbewerbs, welches man lange Zeit als das Allheilmittel für den Verkehr und als das System betrachtete, bei welchem sich das Publikum am wohlsten fühlte.

Der Gedanke war der, daß hierdurch der Bessere und Tüchtigere emporkommt und der Lässigere und Schlechtere zu Boden sinkt. Man hoffte damit den größten Fortschritt, in der Produktion sowohl als auch im Verkehr, zu erzielen, eine ständige Steigerung in der Güte der Ware und eine ständige Steigerung in der Billigkeit; man betrachtete dies als das beste Mittel gegen Verknöcherung und gegen die Versteinerung des Erwerbslebens: Alles bleibe im Fluß und in Bewegung. Diese Erwägung hatte viel Richtiges, und das Prinzip des freien Verkehrs hat auch vielfach zur Belebung beigetragen; es wurden hierdurch oftmals die besten Kräfte in Anregung gebracht, und eine Menge von Erfindungen und Verbesserungen sind diesem System zu verdanken.

2. Doch beruht auch dies auf einem gewissen Idealismus, der sich im Leben nicht immer bewährt. Vor allem sind es nicht bloß die Eigenschaften der Vollkommenheit und der Wohlfeilheit, welche entscheiden, sondern es kommen auch die niederen Triebe und Regungen der menschlichen Seele in Tätigkeit, und gerade bei dem Daseinskampf, in den viele gestellt werden, hält man sich für berechtigt, auch schlimme Mittel anzuwenden: Täuschungen des Verkehrs, unsolides Gebaren, Bedrückung der Konkurrenten durch falsche Reklame oder durch Anschwärzung, Geheimnisverrat, drastische suggestive Mittel wie Ausverkäufe und alle möglichen Veranstaltungen zum Ablocken und zum Abschieben; vor allem tritt vielfach das Bestreben hervor, sich in den Ruhm eines anderen hineinzuschwärzen, durch täuschende Maßregeln die eigene Ware als die des anderen darzustellen, Marken, Zeichen, Ausstattung nachzumachen: dies sind vielfach Mittel gewesen, um das Publikum zu gewinnen und den ehrlichen Verkehr zu kreuzen, sog. unlauterer Wettbewerb.

Alle diese Mittel verstoßen gegen den Grundsatz, daß der freie Verkehr immer in Anerkennung der Persönlichkeit der übrigen Verkehrtreibenden zu geschehen hat, und daß solche Maßnahmen gegen diejenigen Rücksichten verstoßen, welche ein jeder von seinen Nachbarn verlangen kann. Auch unter dem Grundsatz des freien Verkehrs gilt das Gebot der Lauterkeit (§§ 86, 89). Unlauterer Wettbewerb ist auch unter dem freien Verkehr und gerade unter diesem verboten, und die Rechtsordnung muß dagegen kräftig einschreiten[66]).

II. Der individualistische Verkehr ist aber auf vielen Gebieten längst überholt, er ist auch in der Vergangenheit nicht immer herrschend gewesen; vielmehr hat insbesondere die Kleinproduktion des Mittelalters, das Handwerkswesen nach genossenschaftlicher Entwickelung hingestrebt und unter dem Zeichen der Genossen-

[66]) Die deutsche Jurisprudenz, auch das deutsche Reichsgericht hat sich bekanntlich ein ganzes Jahrzehnt dagegen gesträubt, und ich habe hierwegen einen heftigen Kampf gekämpft, der aber jetzt längst entschieden ist. Vgl. mein Werk über den unlauteren Wettbewerb (1914).

schaft den freien Verkehr verdrängt. Von dem 13. Jahrhundert bis zum 18. herrscht das Zunftsystem in der Weise, daß nur derjenige ein Handwerk betreiben darf, der zur Zunft zugelassen ist, und daß jeder vor der Zulassung sich über sein Können ausweisen muß; auch daß die Zunft den ganzen Handwerksbetrieb ständig überwacht und den schlechten Arbeiter in Zucht nimmt. Es gilt als eine Ehrensache, nicht nur des Einzelnen, sondern auch der Zunft, daß nur gute Ware geliefert wird.

Dieses Innungswesen hat in Deutschland, Frankreich und Italien [67]) zur Blüte des Handwerks geführt, hat aber dann im 18. Jahrhundert den Fortschrittsgeist aufgegeben und konnte um so weniger aufrechterhalten werden, als mit der Einführung der Maschinen das Großgewerbe dem Handwerk einen bedeutenden Stoß gab; jetzt mußte eine Neuregulierung der Verhältnisse eintreten, und diese führte zu dem eben besprochenen individualistischen Prinzip des freien Verkehrs.

β) Privatsozialismus. — § 43.

I. Allgemeines. II. Kartellwesen. III. Trusts. IV. 1. Einschränkungen. 2. Bezugsverträge. 3. Boykott.

I. Schon in früheren Jahren trat neben jene öffentlichen Vergenossenschaftungen häufig eine private Vergenossenschaftung ein, indem die Produzenten sich zusammentaten, um die ihnen nachteiligen Folgen des freien Verkehrs abzustumpfen. Sie traten zusammen, um entweder durch ihre gemeinsamen Maßnahmen die Außenseiter vollständig aus dem Verkehr zu werfen (Privatmonopolisierung) oder um durch Festsetzung von Mindestpreisen das Herabsinken der Preiswerte zu verhüten. Man kann diese Bestrebungen als Privatsozialismus bezeichnen.

In der neueren Zeit sind derartige Bildungen in einer Wucht und Mächtigkeit eingetreten, die eine frühere Zeit nicht gekannt hat, allerdings nicht ohne innere Berechtigung; denn der freie Wettbewerb hatte vielfach die Preise so heruntergeschoben, daß eine gedeihliche Ausübung des Gewerbes nicht mehr als möglich erschien. Man hatte durch Ausnutzung der seltsamsten Mittel bewirkt, daß die Ware unter dem Preis verkauft werden konnte, und selbst die redlichsten und besten Produzenten konnten sich nicht mehr weiter halten.

II. Dies hätte leicht zu schweren Krisen geführt, die dem Volkswohlstand Wunden geschlagen hätten; daher das Kartellwesen, das nun die allerverschiedensten Einrichtungen geschaffen hat, nicht nur eine gemeinsame Festsetzung des Kaufpreises, sondern auch eine gemeinsame Verkaufsweise, eine Verteilung der Abnehmer unter die Produzenten und sonstige Maßnahmen [68]).

III. In den Vereinigten Staaten hat dieses Kartellwesen noch weitere Blüten getrieben und ist zu Trusts geworden, zu Ge-

[67]) Über die Entwickelung in Verona von der Scaligerzeit an habe ich in der Z. f. Handelsrecht 79 S. 1 f., 377 f. eine Schilderung gegeben.

[68]) Vgl. Recht und Persönlichkeit S. 148 f.

nossenschaften, welche es verstanden haben, alle kleinen Produktionsstätten aufzusaugen und sich zu den Herren ganzer ausgedehnter Geschäftszweige zu machen.

Über die Mittel, die hier angewendet worden sind, habe ich anderwärts Darstellung gegeben [69]). Die Gefahren dieses ganzen Gebarens sind sehr groß; es ist aber zu erwarten, daß derartige Tätigkeitsformen in Europa weniger einschlagen, schon darum, weil bei uns der ganze Betrieb minder schablonenhaft ist und unser Publikum mehr auf die Mannigfaltigkeit und den wechselnden Geschmack abzielt als das amerikanische.

IV. 1. Von alters her sah man sich genötigt, mäßigend einzutreten, Privatmonopolisierungen zu verhindern und Preistreibereien in engeren Grenzen zu halten. Man hat entweder, wie in der amerikanischen Shermanakte, solche Bestrebungen im Allgemeinen verboten [70]), oder gewisse Mittel, mit denen der Privatsozialismus arbeitete, als unstatthaft, gewisse Vereinbarungen als unzulässig erklärt, weil sie die Freiheit des Betriebs erdrosselten und dadurch den ganzen Verkehr dem Privatsozialismus in die Arme trieben.

2. Dahin gehören insbesondere die sogenannten Bezugsverträge, welche die einzelnen Abnehmer an bestimmte Produzenten binden, oftmals nicht nur für eine, sondern für eine ganze Reihe von Waren; ferner alle Verträge, welche die Abnehmer verpflichten, nur nach bestimmten Richtungen die Ware abzusetzen oder nur nach bestimmter Regel zu produzieren, welche ferner den Warenlieferer berechtigen, den Abnehmer in seinem Geschäftsbetrieb zu überwachen, wodurch der Abnehmer zum Untertan des Lieferanten werden muß. Solche Verträge wurden sehr häufig noch mit Erfindungslizenzen verbunden: man bestimmte, daß der Lizenzträger nur dann die Erfindung benutzen dürfe, wenn er unter das kaudinische Joch gehe und sich derartigen Bestimmungen unterwerfe [70a]).

3. Weitere tyrannische Bestrebungen sind es, daß man einen Verkehrtreibenden, der sich nicht bestimmten Normen unterwirft, nicht nur von dem nächsten Verkehr ausschließt, sondern ihn boykottet [71]) und durch Verträge mit Dritten es bewirkt, daß ihm auch anderwärts der Geschäftsbetrieb unterbunden wird. Ein staatliches Einschreiten hat hier den Zweck, die Einzelpersönlichkeit in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit frei zu erhalten und vor Erdrosselung zu behüten; denn während der Staatssozialismus nach den Grundsätzen öffentlichen Wohles und gerechter Abwägung handelt, so wird der Privatsozialismus dem Ichsinn der Einzelnen dienen.

---

[69]) Monatsschrift für Handelsrecht XIII S. 210 und XX S. 285.

[70]) Vgl. hierüber meine oben angeführte Darstellung der amerikanischen Gesetzgebung und Rechtsprechung und mein Werk über den unlauteren Wettbewerb S. 6 f.

[70a]) Vgl. Arch. f. Bürg. R. 31, 237 ff.

[71]) Vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R. Familienrecht S. 3 f.; Markenschutz und Wettbewerb XI S. 361, XII S. 641; Zwölf Studien z. BGB. II S. 74; Arch. f. Rechtsph. IX S. 498 f.

γ) Staatssozialismus. Heutiges Mischsystem. — § 44.

I. Staatssozialismus. 1. a) Mittel. b) Letztes Ziel. c) Anwendbarkeit. 2. Utopien. 3. Praktische Versuche. 4. Arbeit als einziger Wertfaktor. Thompson. Marx. Organisierung der Arbeiter. II. Heutiges Mischsystem.

I. 1. a) An Stelle derartiger genossenschaftlicher Untergrundströmungen hat man schon den Staatssozialismus vorgeschlagen, und einige wenige Länder, namentlich Australien und Neuseeland, sind in dieser Beziehung sehr weit gediehen[72]). Hier greift der Staat tief ein in die Preisbildung, sogar auch in den ganzen Produktionsbetrieb; insbesondere soll die Einfuhr und der Verkauf eingeführter Waren nur mit solchen Beschränkungen stattfinden dürfen, daß die einheimische Produktion nicht zu sehr darunter zu leiden hat; und die Preisbildung soll so reguliert werden, daß der Gewerbebetrieb der Einzelnen nicht Not leidet: es soll eine Überproduktion vermieden und darum die Produktion überwacht werden.

b) Das letzte Ziel solcher Bestrebungen wäre natürlich, daß schließlich das ganze Gewerbe verstaatlicht[72a]) und Produktion wie Verkauf von staatshalber eingerichtet würde, so daß die einzelnen Produzenten und Gewerbetreibenden nur die staatlichen Zweiggeschäfte und Tochtergeschäfte darstellten und der Regiebetrieb allen Verkehr übernähme.

c) Dieses System wäre nach unseren jetzigen Verhältnissen gewiß nur bei einzelnen Betrieben, wie beim Eisenbahnbetrieb, wünschenswert. Ein vollständiger Staatssozialismus würde sicher zu Einförmigkeiten führen, das Gefühl der Eigenspekulation vernichten und die Erfindungstätigkeit abstumpfen. Dagegen steht nichts im Wege, daß zwischen Staat und Großgeschäftsbetrieben Beziehungen eingeleitet werden, deren Ausbildung die Zukunft bringen wird.

2. Eine Wirtschaftsform unter Ausschaltung des Individualismus hat man vielfach künstlich zu konstruieren gesucht in den sogenannten Utopien, in dem Idealstaat Platos, von dem noch in § 134 die Rede sein wird, in Thomas Morus Utopia (1516), in Campanellas Sonnenstaat (1620) bis auf Bellamy (1888). Dies sind unschuldige Hirngespinste, in denen eine dichterische Phantasie sich ergehen kann[73]).

---

[72]) Vgl. darüber mein Werk über den Unlauteren Wettbewerb S. 12 f.

[72a]) Über Verstaatlichung des Grundeigentums § 60.

[73]) Über diese Utopisten erhebt sich Fichte, dessen Konstruktion, namentlich was den geschlossenen Handelsstaat betrifft, einige treffende Gesichtspunkte enthält und fruchtbare Anregungen bietet. Über sie vgl. Marianne Weber, Fichtes Sozialismus (1900).

3. Viel ernster dagegen sind die praktischen Versuche, einen kommunistischen Staat in Wirklichkeit einzuführen, wie es die Schüler S. Simons, besonders Enfantin, taten, während Fourier, der hier auch genannt wird, in die Klasse der anarchistischen Schwärmer (§ 126) zu verweisen ist; dazu kommen noch die agrarischen Kommunisten, so der Amerikaner Henry George (1879) u.a. welche eine jahrhundertjährige Agrarentwickelung wieder rückgängig machen und uns in die Zeiten des russischen „mir" zurückversetzen möchten.

4. Eine besondere Stellung nehmen die Schriftsteller ein, welche von dem Irrtum, daß die Arbeit der einzige Wertfaktor sei, ausgingen, so Thompson († 1833), und vor allem Marx (1818—1883), der Karrikaturist der Hegelschen Lehre (§ 16). Er ist hierher zu zählen, da er als den Schlußpunkt der modernen Entwickelung den Sieg des Proletariats über den Kapitalismus proklamiert und damit von selber an Zustände denkt, in welchen das Kapital dem Kapitalistenstand entzogen und in irgendeiner Weise der Gemeinproduktion eröffnet wird. Wie er sich dies denkt, ist nicht klar, oder vielmehr: da er eine materialistische Weltentwickelung annimmt, die sich wie die Kurbel von selbst dreht, soll sich die Sache automatisch gestalten und somit die Art der Verwirklichung der Zukunft anheimgegeben sein. Die ganze Vorstellung, daß die Arbeit der einzige Wertfaktor wäre und der Wert lediglich die in die Ware hineingelegte Arbeit darstellte, ist ein offenbares Sophisma und ebenso seine ganze Lehre vom konstanten und variablen Kapital, von der Ausbeutung der Arbeiter, als ob nicht ein kräftiger lebensfreudiger Arbeiterstand zu gleicher Zeit im Interesse des produzierenden Kapitals wäre, und endlich die vollständige Verkennung der Arbeit des Unternehmergeistes, welchem gerade die Handarbeiter Heil und Segen zu verdanken haben. Das einzig richtige Ergebnis aller dieser Sophismen lag darin, daß, wie sich das Kapital organisierte, so auch die Arbeiterschaft, wobei wiederum die Wahrheit zutage trat, daß in der Organisation der Mensch nach allen Richtungen mehr leistet, als in der anarchischen Vereinzelung [74]).

II. Unsere heutige Gesellschaft steht daher inmitten einer Entwickelung: zunächst finden wir einzelne Züge des Staatssozialismus, wir finden eine Mäßigung oder Regelung des Privatsozialismus und eine Ordnung des freien Wettbewerbsverkehrs nach Regeln der Lauterkeit und des Persönlichkeitsrechts. Unsere verwickelten Verhältnisse verlangen eine solche Verbindung verschiedener Elemente: in ihrer richtigen Vereinigung liegt das Gedeihen des künftigen Wirtschaftsbetriebes.

---

[74]) Über das Verhältnis zwischen Unternehmer und Arbeiter vgl. § 109.

Drittes Buch

Rechtsentwickelung

Erster Abschnitt

Rechtsordnung

Erstes Kapitel

Entstehung der geschichtlichen Rechtsordnung[75])

I. Gewohnheitsrecht und bewußte Rechtsschöpfung. — § 45.

I. Gewohnheitsrecht. 1. Scheidung von Brauch und Sitte. 2. Bewußtes Gewohnheitsrecht. II. Rechtsschöpfung. 1. Allgemeines. Häuptling- und Königtum. 2. Kein Verschwinden des Gewohnheitsrechts.

I. 1. Die Rechtsordnung bildet sich zuerst mit Brauch und Sitte (§ 5). Recht, Brauch, Sitte gestaltet sich zunächst unterschiedslos; es sind ethnologische Erscheinungen, Äußerungen der menschlichen Gemeinschaft als eines soziologischen Wesens. Allmählich scheidet sich mit Emporkommen individualistischer Regungen das Rechtliche aus als dasjenige, was die Gesamtheit einem jeden auferlegt, im Gegensatz zu dem, was man erwartet und als das Gewöhnliche und Übliche betrachtet. Wir sprechen heute von Gewohnheitsrecht, nicht sehr zutreffend[75a]): es ist das im Volk kraft seines sozialen Wesens gebildete Recht und damit ein Teil der sozialen Ordnungstätigkeit des Volkes: keine Gemeinschaft ohne Ordnungsgestaltung und keine menschliche Gemeinschaft ohne Recht. Das Wesen der Entwickelung besteht nur darin, das Rechtliche aus der Gesamtheit der sozialen Ordnungserscheinungen als etwas Besonderes herauszugestalten.

---

[75]) Vgl. hierzu Rechtsgeschichte und Weltentwickelung, Z. f. vgl. R. V 321 ff, „Das Recht als Kulturerscheinung", Würzburg 1885, „Rechtsgeschichte und Kulturgeschichte", Grünhuts Z. XII, 583 f., „Entwickelung im Recht", ebd. XIV, 410 f., „Das Recht als Lebenselement der Völker", Würzburg 1887.

[75a]) Ist es doch vorgekommen, daß man, die soziologische Schöpfungskraft der Volksgemeinschaft verkennend, die Bedeutung des Gewohnheitsrechts einfach in die Gewohnheit legen wollte. Gewohnheit ist des Menschen Amme; aber nicht die Amme des Rechts.

2. Das Gewohnheitsrecht als unbewußte Schöpfung kann bewußt werden. Man kann aus den vielseitigen konkreten Äußerungen des Gewohnheitsrechts die abstrakten Einheiten herausgestalten und diese zur sprachlichen Darstellung bringen. Das ist das Weistum[76]), und wenn es geschrieben ist, das Rechtsbuch. Die Zusammenfassung gibt dem Ganzen Kraft und Nachdruck, die Anerkennung des Weistums steigert die Sicherheit und den Volkssinn.

II. 1. a) Von da ist es nur ein Schritt zur bewußten Rechtsschöpfung, indem man in der Weise eines Weistums das Vorhandene abrundet, ergänzt, dabei abstreicht und zufügt. Wie so oft, geht die feststellende Tätigkeit in eine ändernde über. Doch bleibt ursprünglich die feststellende Funktion die maßgebende, bis sie von der verändernden mehr und mehr abgelöst wird.

b) Die bewußte Rechtsbildung nimmt einen besonderen Charakter an unter dem Häuptling- und Königtum; hier ist die Entgegensetzung zwischen dem Herrscher und dem Beherrschten gegeben, hier wird der Herrscher seine Ideale dem Volke auferlegen. Das, was er gibt, ist zunächst Instruktion, Verordnung an seine Organe, dann neue wahre Rechtsbildung mit oder ohne demokratische oder aristokratische Mitwirkung.

2. Die bewußte Rechtsschöpfung gewinnt oftmals so sehr die Vorhand, daß die unbewußte Rechtsbildung völlig zu verschwinden scheint. Sie verschwindet nicht und wird nie verschwinden, soweit im Volke neben der organschaftlichen Trennung ein einheitlicher Volksgeist und ein einheitliches Volksleben herrscht. Die Bildung des Gewohnheitsrechts ist ein Zeugnis für die Gesundheit des Volkes, das sich immer wieder von der bewußten organschaftlichen Funktionstrennung in die unbewußte Einheit des Volkstums zurückziehen muß.

II. Rechtstechnik und Rechtswissenschaft. — § 46.

I. Rechtstechnik. 1. Ihr Ziel Interessenabwägung. 2. Lücken. Freirecht. 3. a) Billigkeit. b) Vergröberung. II. Rechtswissenschaft im Verhältnis zur Rechtstechnik. 1. Ihr Ziel Forschung. Rechtsgeschichte und System. 2. Geschichte. a) Römer. b) Inder. 3. Überwindung der Rechtsscholastik.

I. 1. Jede Geistesschöpfung enthält eine Unendlichkeit, so auch die unbewußte wie die bewußte Schöpfung des Rechts; denn dieses schließt schon in seinen verschiedenen Sätzen eine Menge von Beziehungen und Kombinationen ein; vor allem aber kommt in Betracht, daß das Recht, in die alogische pragmatische Welt eingeführt, mit den alogischen Zuständen zu kämpfen und sie zu überwinden hat (§ 27 ff.). Die Fülle von Beziehungen hieraus zu entwickeln und

[76]) Hier im allgemeinen Sinn genommen.

die Gestaltungen zu beobachten, die sich hierbei ergeben, ist Sache der Rechtstechnik. Die Rechtstechnik hat das Recht nicht als etwas Totes, sondern als etwas Lebendiges aufzufassen, das bestimmt ist, in der Menschheit nach der Richtung der Kulturordnung und damit in der Richtung nach Erfüllung der Lebensinteressen zu wirken; und da die Beziehungen zwischen den einzelnen Sätzen und dem Leben durchaus nicht durch feste Logik gegeben sind, so hat sie diejenigen Sätze zu bilden, welche den menschlichen Interessen am besten entsprechen, und hierbei die verschiedenen zusammenstoßenden Interessen abzuwägen. Die Rechtstechnik hat sich also nach der Richtung des Interessenschutzes in der Interessenabwägung zu gestalten (§ 26).

2. Die Rechtstechnik hat wie jede Technik auch der Unvollkommenheit und Unvollständigkeit des Materials abzuhelfen. Sie hat daher überall in die Lücken einzutreten[77]), sie hat, wo nötig, die Beziehungen sogar mit einigen Umbiegungen so zu gestalten, daß das Ergebnis ein (im Sinne der Interessenbewegung) vernünftiges wird. Der Satz: Fiat justitia, pereat mundus hat nur dann einen Sinn, wenn die justitia in unserer Weise zutreffend aufgefaßt wird: dann kann möglicherweise etwas Unzweckmäßiges, aber nicht etwas Unvernünftiges entstehen; das Unzweckmäßige wird im Rechte stets eine Korrektur erfahren, damit es nicht unvernünftig wird. Nur die Unvernunft aber könnte zum Untergang der Welt(kultur) führen. Das Recht muß insofern ein Freirecht sein, als es niemals unvernünftig werden darf (§ 26).

3. a) Bei Auslegung des Rechts ist so viel als möglich die Billigkeit, d. h. die Angemessenheit für den einzelnen Fall zu berücksichtigen; doch muß dies in den Schranken geschehen, welche die Notwendigkeit der Festigkeit und Sicherheit des Rechts herbeiführt. In dieser Beziehung ist auf die oben (§ 30) bezeichneten Unvollkommenheiten zu verweisen, welche nicht außer Acht gelassen werden dürfen.

b) Die Bestimmtheit des Rechts verlangt häufig, daß seine Feinheit und anpassende Geschmeidigkeit nachläßt und eine gewisse Vergröberung eintritt im Interesse der leichteren Handhabung. Das Recht muß nicht nur von dem Richter, sondern auch von den Menschen im Verkehr erkannt und angewendet werden, und daher ist es oft nicht angängig, daß es sich nach schwer ersichtlichen und schwer faßbaren Kriterien entwickelt (§ 30). Man muß, so sehr es dem feinfühligen Juristen ans Herz greifen mag, mitunter grobe Formen an Stelle der zarteren treten lassen, weil

[77]) Daß ein Gesetzeswerk Lücken hat, versteht sich von selbst; wenn man behauptet hat, daß keine solche Lücken vorhanden sind, so verwechselt man zwei Dinge: die Rechtsordnung kann keine Lücken haben, wohl aber das einen Teil der Rechtsordnung bildende Gesetz.

die zarteren unter dem rauhen Hauche des Lebens zugrunde gingen. Eine solche Vergröberung ist namentlich auch deswegen nötig, weil das Recht einen Teil des menschlichen Lebens bildet und die Zwiespalte im Recht zu gleicher Zeit die Personen verfeinden und den Samen der Zwietracht streuen.

Wenn daher das Recht so geeigenschaftet ist, daß hundert Streitigkeiten vermieden werden können, so ist dies eine Wohltat; und ein Recht, das nach dieser Seite hin neigt, ist besser als ein fein gezeichnetes Recht, das jeden Augenblick die Menschen in Zank und Hader verwickelt. Die Erfahrung hat daher auch gelehrt, daß, wo immer sich ein in das Konkrete zerblättertes Billigkeitsrecht bildete, dieses sich mit der Zeit zusammenfaßte und allgemeine Regeln annahm.

II. 1. Von der Rechtstechnik verschieden ist die Rechtswissenschaft; sie ist eine Wissenschaft, gehört also nicht der Welt des Rechts, sondern der Welt des Erkennens an. Ihr sind also die Rechtsordnung und Rechtsbildung ein Objekt der Forschung: der forschende Geist betrachtet aber das Recht in seiner Bewegung (Universal-, Spezialrechtsgeschichte), er betrachtet es nach seiner organischen Gestaltung. Letztere Betrachtungsweise führt zum System; nur die systematische Rechtswissenschaft, nicht die Kommentararbeit, ist Wissenschaft (§ 5).

2. a) Die Römer waren im ganzen tüchtige Rechtstechniker, es gelang ihnen auch, insoweit eine Rechtswissenschaft vorzubereiten, als sie die Bausteine schufen und allgemeine Rechtsbegriffe bildeten, welche die Fülle des Rechtslebens zusammenzufassen suchten. Im Rechtssystem waren sie unvollkommen (wie alle Romanen), in der Rechtsphilosophie dürftige Nachtreter der Stoa, in der Rechtsgeschichte Kinder.

b) Dagegen haben die Hindus bereits vor Jahrhunderten über die wichtigsten Fragen der juristischen Technik in sehr bedeutungsvoller Weise gehandelt. Etwa im 7. oder 8. Jahrhundert n. Chr. lebte Yaimini, dessen System der Gesetzesbehandlung zwar in indischer Art schief gegliedert ist, aber bedeutungsvolle Lichtblicke zeigt. So wird bereits das Prakharanaprinzip aufgestellt, wonach Zweifel aus dem Zusammenhang und aus dem Geiste des Gesetzes gelöst werden sollen, und sodann noch viel bedeutsamer das Arthaprinzip: wenn aus dem Gesetz keine Entscheidung zu entnehmen ist, soll nach Billigkeit und vernünftiger Erwägung entschieden werden in der Art, daß ein möglichst vernünftiges Resultat entsteht[78]).

3. Seit Savignys Zeiten lag die Lehre von der Rechtstechnik und ihr Verhältnis zur Rechtswissenschaft im Argen. Die alten Regeln von der Gesetzesauslegung bildeten eine Kette von Irrtümern, ihr Einfluß auf die Rechtspflege war ungemein verderblich. Man spricht in dieser Beziehung von Rechtsscholastik und will damit sagen, daß das Recht nicht nach den Grundsätzen der Technik, sondern nach den Grundsätzen der logischen Begriffsbildung behandelt wurde, d. h. nach den Grundsätzen der Erkenntnis, nicht nach denen des menschlichen Wirkens. Hiergegen habe ich seit Jahrzehnten gekämpft, so schon in meinem Aufsatz über die

---

[78]) Vgl. Arch. f. Rechtsph. IV S. 235.

Interpretation von Gesetzen [79]) und in meinem Werke über Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz.

Wenn man hierbei noch Jhering als Geist der neuen Zeit genannt hat, so ist dies unrichtig; wer Porzias Spruch (in Shakespeares Kaufmann von Venedig) als Rechtsbeugung erklärt, der ist noch nicht an die Pforte der neuen Rechtswissenschaft gelangt [80]).

III. Gegensätze in der Rechtsordnung.

1. Doppelte Rechtsordnung. — § 47.

I. Notwendigkeit von Berechtigungszeichen. II. Wahl des Dritten, die Berechtigung anzuerkennen. III. Fälle, wo das Berechtigungszeichen allein maßgebend.

I. Nicht selten bedarf man einer doppelten Rechtsordnung, indem gewisse Personen, welche mit jemandem in Verkehr treten, so behandelt werden müssen, als ob sie mit dem wirklich Berechtigten in Verkehr getreten wären, auch dann, wenn die Persönlichkeit, mit der sie Verträge schlossen oder prozessierten, nicht der wirklich Berechtigte war: es ist sehr häufig notwendig, daß ein für allemal gewisse Personen das Berechtigungszeichen an sich tragen, und daß kraft dieses Berechtigungszeichens die mit ihnen eingegangenen Rechtshandlungen wirksam und bindend sind und den wirklich Berechtigten treffen.

Man denke beispielsweise an den Fall, daß der Schuldner, nachdem die Forderung abgetreten worden ist, in Unkenntnis der Abtretung an den alten Gläubiger zahlt; oder an den Fall, daß jemand einen Erbschein erlangt hat (bonorum possessio) und darum im Verkehr als der Erbe gilt, so daß die mit ihm abgeschlossenen Verträge ohne weiteres das Erbe binden. Dazu gehört auch der Satz, daß der Erbe eines für tot Erklärten in bezug auf die Erbschaft im Verkehr so behandelt wird, wie wenn er der wirkliche Erbe wäre, auch dann, wenn die Todeserklärung nicht das Richtige getroffen hat und der für tot Erklärte noch lebt. Man hat deshalb auch vom Rechtsschein gesprochen, der wie die Wirklichkeit behandelt werde (§ 30). Der richtige Gedanke aber ist der einer doppelten Rechtsordnung, wie aus dem Folgenden hervorgeht.

II. Die doppelte Rechtsordnung ist so gestaltet, daß der Dritte, welcher mit einer Person, die dieses Berechtigungszeichen trägt, in Verkehr trat, nachträglich die Wahl hat, ob er die Berechtigung dieser Person annehmen will oder ob er so behandelt werden soll, wie wenn nicht dieses Berechtigungszeichen, sondern das wirkliche und ausschlaggebende Recht gälte.

III. Davon haben sich Fälle abgezweigt, wo man die doppelte Rechtsordnung zu einer einheitlichen Rechtsordnung derart gestaltete, daß der Dritte nicht mehr zwischen der einen oder der anderen Rechtsordnung zu wählen hat, daß vielmehr die Persönlichkeit mit dem Berechtigungszeichen als die allein Maßgebende gilt.

---

[79]) In Grünhuts Zeitschr. XIII S. 1 f. Vgl. auch Arch. f. Rechtsph. XI S. 1 ff.
[80]) Vgl. Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 2. Aufl. S. 3 ff.

So ist es denn geworden, daß der gutgläubige Erwerber einer beweglichen Sache unter Umständen Eigentümer wird, obgleich der Veräußerer nicht Eigentümer war, sofern der Veräußerer eben im Verkehr eine solche Stellung einnahm, daß man ihn als den zur Veräußerung Berechtigten ansehen mußte. Hier ist die Gestaltung so, daß der gutgläubige Erwerber nicht die Wahl hat, sondern diese Person als Berechtigten annehmen muß. Ebenso verhält es sich mit dem Grundbuchrecht: wer gutgläubig kraft eines Grundbucheintrags erwirbt, der erlangt ein Recht, wie er es hätte, wenn der Grundbucheintrag richtig wäre (§ 65). Die doppelte Rechtsordnung hat eben gewisse Nachteile, namentlich eine gewisse Unsicherheit, und diese ist nicht immer für das Recht vorteilhaft; es ist daher begreiflich, daß man hier, namentlich was den Eigentumserwerb betrifft, die den Verkehrsinteressen entsprechende Folge einfach und unbedingt eintreten ließ.

2. Korrekturordnung. — § 48.

I. Ausgleichung von Wertverschiebungen. II. Diese müssen ungerechtfertigt sein. III. Wahlrechtsausgleichung. Rückgriff.

I. Nicht immer kann die Rechtsordnung sofort die letzten Ziele des Rechts erreichen; sie muß sich oft zu einem schrittweisen Walten verstehen, indem der erste Schritt ein unvollkommenes Ergebnis bietet, während mit dem zweiten Schritt durch Ausgleichung der Unvollkommenheiten das letzte und richtige Ziel errungen wird. In vielen Fällen sind Rechtsänderungen nach den Grundsätzen des Rechts unvermeidlich, welche insofern eine Ungerechtigkeit an sich tragen, als sie ohne genügendes Interessenmotiv eine Verschiebung von Werten bewirken.

So kann es sein, daß durch irgendwelche Umstände der A Eigentümer der Sache des B wird, weil solches durch die Interessen des die dinglichen Rechte beherrschenden Verkehrs geboten ist, wenn z. B. die Sache des B ein Bestandteil der Sache des A wird: darin liegt natürlich keine sachliche, wohl aber eine wertliche Ungerechtigkeit; denn wenn das Sachenrecht einen solchen Eigentumserwerb will, so kann es damit den Umstand nicht verdecken, daß es keine durch die Interessenabwägung gerechtfertigte Ordnung ist, wenn auf diese Weise der Eine durch Werterwerb bereichert wird und der Andere durch Wertverlust verarmt. Was hieran gerecht ist, ist der dingliche Erfolg, nicht die mit dem dinglichen Erfolge verbundene Wertfolge: diese ist vielmehr ungerecht. Aber noch in einer Menge anderer Fälle tritt eine durch die Umstände nicht gerechtfertigte Wertverschiebung ein; z. B. wenn man jemandem eine Zuwendung macht mit gewissen Vorbehalten, „Voraussetzungen“, und diese Vorbehalte nicht eintreten. Diese Ausgleichung ist schon von Aristoteles im 5. Buche der Nikomachischen Ethik als eine Hauptaufgabe der Gerechtigkeit bezeichnet worden: das Recht hat nicht nur primär zu bilden, sondern auch sekundär auszugleichen (§ 20).

II. Natürlich gilt dies aber nur dann, wenn die Wertverschiebung sich als eine ungerechtfertigte darstellt, nicht wenn sie trotz einiger Härten eine innere Rechtfertigung an sich trägt, wie z. B. wenn jemand infolge der Verjährung oder des Ablaufs der Frist einen Rechtsnachteil erleidet: dieser Rechtsnachteil ist nach allen Richtungen hin durch die Interessenabwägung gedeckt, und darum ist ein Bedürfnis der Ausgleichung nicht gegeben.

Das Interesse ist hier das Interesse der Rechtssicherung, von dem in § 47 gesprochen wurde, in Verbindung mit anderen Interessen, welche die Verjährung notwendig machen [81]). Und auch wenn beispielsweise die Rechtsordnung bestimmt, daß eine Ausgleichung dann nicht stattfinden soll, falls es sich um einen unsittlichen Erwerb handelt, bei dem beide Teile unsittlich handelten, dann ist in der Tat gesagt, daß die Rechtsordnung hiermit bereits ausgeglichen ist. und der an sich ungerechte Erwerb aus höheren Gründen fortbestehen soll, d. h. gerecht wird.

III. Eine besondere Ausgleichung ist die Wahlrechtsausgleichung. Die Rechtssicherheit und Rechtsbequemlichkeit bringt es öfters mit sich, daß der Gläubiger die freie Wahl hat, den einen oder anderen Schuldner herauszugreifen und von ihm Deckung zu verlangen. Ist dies einerseits ein Kulturfortschritt, so ist es andererseits durch keine Interessenerwägung gedeckt, wenn der Zufall entscheidet, so daß derjenige, von dem der Gläubiger die Erfüllung will, auch endgültig belastet wird. Darum die Bestimmung, daß jeder Schuldner, der erfüllt hat, gegen die übrigen Gesamtschuldner seinen Rückgriff nehmen und dadurch eine Lage der Sache herbeiführen kann, als ob von den mehreren Gesamtschuldnern ein jeder nach Maßgabe seiner Beteiligung gezahlt oder die Mittel eingeworfen hätte. Dieses System verfolgt ähnliche Zwecke, wie die ehemalige Einrede der Teilung, hat aber den großen Vorzug, daß es den Gläubiger nicht beeinträchtigt: der Gläubiger hat das freie Wahlrecht, und Sache der Schuldner ist es, sich gegenseitig auseinanderzusetzen.

Zweites Kapitel

Funktion der geschichtlichen Rechtsordnung

I. Gebote und Verbote. — § 49.

I. Allgemeines. II. Tabu.

I. Das Recht gibt Gebote und Verbote zur Wahrung und Förderung der Kulturgüter. So im Interesse der äußeren Kulturgestaltung des Bodens, zur Wahrung des Klimas, zur Förderung des Landbaus; so im Interesse der geistigen Kultur, zur Förderung der Künste, der Wissenschaft, der Sittlichkeit u. a. Hierher gehört die Fülle der Rechtserscheinungen, welche die Kulturpflege und die Polizei umgeben [82]).

II. Alte Rechte verbanden alles dies zu dem weiteren Begriff des Tabu. Tabu im allgemeinen heißt verboten und bezieht sich

[81]) Enzyklop. 2. Aufl. II S. 32.
[82]) Vgl. Einf. in die Rechtsw. 5. Aufl. S. 128 ff.

auf Alles, was auf mystisch-religiöser Grundlage hin dem Einzelnen oder der Volksgesamtheit oder einem Teil der Volksgesamtheit untersagt ist.

Der Begriff beruht daher auf der ursprünglichen Mystik, hat aber eine starke bildende Wirkung; denn sehr Vieles, was zum Fortschritt der Menschheit nötig ist, geschieht durch das Mittel eines derartigen Verbotes. Man denke nur an die ungeheure Menge der gesundheitlichen Einrichtungen, die nur auf diesem Wege Eingang finden konnten. Natürlich ist ursprünglich das Tabuverbot umhüllt von einer Menge sog. Aberglaubens, d. h. von einer Menge von Vorstellungen, die nach der einen oder anderen Seite hin einen Glaubenssatz zum Ausdruck bringen, aber dann absterben müssen, weil sie nur zeitweise bedeutsam sind und vor dem Lichte höherer Erkenntnis verschwinden. Auf solche Weise kann der Tabu vielfach dasjenige ersetzen, was bei uns polizeiliche Verordnung ist; denn sobald das Priestertum und Häuptlingstum mächtiger wird, ist nicht nur dasjenige tabu, was durch die bisherigen Lebensvorstellungen geweiht ist, sondern es steht der Priesterschaft und dem Häuptlingstum zu, nach ihrem eigenen Befinden Dinge für tabu zu erklären. Tun sie solches nicht willkürlich, sondern auf Grund vernünftiger Vorstellungen, dann wird der Tabu ein heilsames Mittel sein, um Verkehrtheiten und Unziemlichkeiten des Volkslebens zu beseitigen und dem Leben eine gewisse Würde und Hoheit einzupflanzen (§ 58).

II. Subjektive Rechte

1. Begriff und Konstruktion der subjektiven Rechte. — **§ 50.**

I. Begriff: Einräumung von Lebensgütern an Einzelne. Zweckpersönlichkeiten. II. Konstruktion. Rechtssubjekte und Rechtsobjekte.

I. Die Rechtsordnung kann aber nicht nur eine allgemeine Ordnung schaffen, indem sie Gebote und Verbote gibt und auf solche Weise die menschliche Tätigkeit regelt; sie kann vor allem dadurch wirken, daß sie dem einzelnen Wesen jeweils eine besondere Gruppe von Lebensgütern einräumt, innerhalb welcher es sich entwickeln und teils sein Eigenleben führen, teils wiederum mit der Gesamtheit in Verbindung treten kann. Diese Gestaltung hat den großen Vorzug, dem Einzelnen die Möglichkeit der Selbstentwickelung zu geben, ohne zu einem anarchischen Wirrwarr zu führen. Man spricht hier von subjektiven Rechten. Das subjektive Recht ist das Losungswort, kraft dessen der Einzelwille und das Einzelwirken mit den Gesetzen der Ordnung in Harmonie und Einklang gebracht wird. Darum ist unsere Rechtsordnung vornehmlich eine Ordnung der subjektiven Rechte. Dies geht so weit, daß man selbst da, wo allgemeine Interessen in Frage stehen, zu dem Mittel gegriffen hat, Zweckpersönlichkeiten (Stiftungen, Anstalten) zu schaffen und ihnen subjektive Rechte einzuräumen, um diese allgemeinen Zwecke zu verwirklichen.

II. Die Konstruktion des subjektiven Rechtes beruht zunächst auf naturalistischer Grundlage. Wir finden Lebens- und Kraftenergien und erkennen, daß sie andere Dinge zu ihrer Zweckbefriedigung verwenden. Dem entspricht die Rechtsordnung da-

durch, daß sie Rechtssubjekte und Rechtsobjekte feststellt und die Beziehungen zwischen beiden rechtlich anerkennt, mit Rücksicht darauf, daß hierdurch die Kulturerfordernisse am besten erfüllt werden. Natürlich handelt es sich auch hier, wie im ganzen Recht, um eine geistige Operation nach dem Grundsatze der Wertlehre, aber auf soziologischer Grundlage [83]). Das subjektive Recht verlangt also ein Rechtssubjekt, d. h. eine Persönlichkeit als Trägerin des Rechts und als das Agens, welches innerhalb des ihm zugewiesenen Güterkreises zu wirken hat. Das subjektive Recht verlangt ferner ein Rechtsobjekt, d. h. dasjenige Lebensgut, welches dem Rechtssubjekt zu seiner eigenen Betätigung zugewiesen ist. Es gibt daher weder subjektivlose noch objektivlose Rechte. Wo kein greifbares Subjekt ist, tritt kraft der Rechtsordnung ein Subjekt ein. Objekte aber können nicht nur materiell, sondern auch immateriell sein; auch Persönlichkeiten, die sonst Subjekte sind, können zu Objekten werden.

2. Rechtssubjekt und Rechtshandlung. — § 51.

I. Rechtssubjekt. 1. Physische Personen. 2. Juristische. a) Einteilung. Vereine und Stiftungen (Anstalten). b) Gestaltung soziologischer Erscheinungen zu juristischen Personen. c) Halbpersönlichkeiten. 3. Tiere. a) Sie sind rechtlos. b) Doch Interessenwahrnehmung. Tierquälerei. II. Rechtshandlung. Geschäftsfähigkeit. Organisation bei juristischen Personen.

I. 1. Rechtssubjekt ist der Träger subjektiver Rechte. Ein solcher heißt auch Person. Ein Mensch kann eine Person sein; in unserer Kultur ist jeder Mensch Person, da wir die Sklaverei nicht kennen. In Kulturen mit vollständig entwickelter Sklaverei ist der Sklave keine Person; in vielen Kulturen ist er eine Person, aber nur als Träger gewisser Rechte: Halbsklaverei, Hörigkeit (§§ 69, 70).

2. a) Die Menschen nennt man auch physische Personen. Den Gegensatz bilden juristische Personen, d. h. sonstige Wesen, denen die Rechtsordnung Persönlichkeit gewährt; so namentlich Personenverbände, so aber auch Anstalten und Stiftungen. Personenverbände (Vereine) sind organisierte Personenvereinigungen als Träger von Rechten. Die Rechte stehen hier der Gemeinschaft, nicht den einzelnen Mitgliedern zu, so daß beide Rechtskreise, das Recht des Verbandes und das Recht der Mitglieder, wohl zu trennen sind. Doch ist nicht ausgeschlossen, daß den Mitgliedern Rechte an den Gütern der

---

[83]) Gegen die unzureichenden Bestrebungen von Kelsen, das subjektive Recht im objektiven Recht aufgehen zu lassen, vgl. Müller-Eisert im Gerichtssaal 84 S. 138. Vgl. auch oben § 3. Treffend wird das Wesen des subjektiven Rechts vom Islam erkannt, welcher die Zuteilung der Güter (mittelbar) auf göttlichen Ratschluß zurückführt. Vgl. Ostrorog in der Einleitung zu Mawerdi I S. 66 f.

juristischen Person zustehen, und daß sie auch für Verpflichtungen der juristischen Person haften. Stiftungen (im öffentlichen Recht Anstalten) sind Wesen ohne den Untergrund menschlicher Persönlichkeit, welche die Bestimmung haben, gewisse Kulturzwecke in dauernder Betätigung zu erhalten oder zu fördern (§ 125).

b) Der juristischen Person als einer Schöpfung des Rechts pflegen soziologische Erscheinungen zugrunde zu liegen. Das gilt namentlich von den Personenvereinen; denn ein Zusammentreten von Personen, ein Zusammenstimmen, und selbst eine Majorisierung läßt sich auch als soziologische Erscheinung verstehen, beruht doch das ganze Gruppenhandeln soziologischer Einheiten auf diesem Prinzip; und ebenso können der Stiftung gewisse soziologische Erscheinungen zugrunde liegen, die sich schon im Tierreich finden, wo es bereits vorkommt, daß dauernde Einrichtungen für künftige Gesamtheitszwecke geschaffen werden (§ 140). Aber mit der soziologischen Erscheinung ist die juristische Gestaltung nicht gegeben. Das Recht erfaßt diese tatsächlichen Bildungen und gestaltet sie zu juristischen Personen.

Es hat dabei die volle Freiheit, ob es sich mehr oder weniger den soziologischen Gestaltungen anschließen will: es kann darüber hinausgehen und kann beliebig juristische Personen schaffen, wo es im Interesse der Kulturbewegung passend erscheint. Der Naturalismus der Soziologie ist Motiv für die Rechtsbildung, aber durchaus nicht das Modell, nach dem das Recht zu schaffen hat.

c) Juristische Personen können volle oder Halbpersönlichkeiten sein. Es gibt Rechte, in welchen den juristischen Personen nur eine Rechtssubjektivität in bestimmten Kreisen zusteht. Die moderne Rechtsentwickelung strebt dahin, diese Mittelstufe tunlichst zu vermeiden.

3. a) Die Tiere können nicht als Rechtssubjekte in den Kulturverkehr aufgenommen werden, und eine Rechtsordnung, welche auch den Tieren ihre Rechte und Befugnisse zuschriebe, läßt sich nicht durchführen. Die Tiere sind an sich rechtlos, d. h. sie stehen außerhalb des Rechtsverkehrs.

Dies ist um so natürlicher, als unsere Kultur ohne den ständigen Kampf gegen die Tierwelt nicht auskommen kann; und da die Förderung der Kultur der ganze Zweck unseres Daseins ist, so muß es uns unverwehrt sein, den Tieren gegenüber unsere Interessen zur vollkommenen Geltung zu bringen.

b) Mit der Ablehnung des Rechts der Tiere ist aber nicht gesagt, daß die menschliche Kultur eine jede Behandlung der Tiere zulassen soll; denn die verfeinerte Kultur empfindet es mit, daß außer den Menschen noch andere fühlende Wesen auf der Erde vorhanden sind, und betrachtet es deshalb als ein Unheil, wenn diesen Wesen unbegründete Qualen zugefügt werden. Da-

her der wichtige Satz: eine Leidenszufügung gegenüber Tieren soll nur stattfinden, wenn sie durch die Zwecke unserer Kultur unbedingt geboten ist: unsere Kultur soll insofern eine Glückskultur sein, als den Bestrebungen, den Glückszustand zu vermindern, ein Halt entgegengerufen werden muß, soweit sie nicht für die Kulturinteressen erforderlich sind. Daraus rechtfertigen sich die Bestimmungen gegen Tierquälerei und die Institute, welche damit zusammenhängen, also insbesondere auch der Satz, daß Verfügungen, welche die Besserung der Tierbehandlung betreffen, möglichst gefördert werden sollen.

Dem entspricht es auch, daß zwar die Tiere nicht ein Recht haben können, daß aber ihre Interessen ein berechtigter Gegenstand für Stiftungen sind, so daß das Stiftungsvermögen zwar der juristischen Persönlichkeit angehört, aber der Zweck der Stiftung den Tieren zukommen soll; so die Stiftung für Schwäne (Hamburg), für Erhaltung der Büffel (New York), für die Pflege kranker Tiere (Indien) usw.

II. Das Rechtssubjekt soll als Agens des Rechts in den Verkehr eintreten. Eine Verkehrsbetätigung heißt Rechtshandlung (Rechtsgeschäft, Rechtsakt). Nicht jeder Rechtsfähige ist zugleich fähig zu Rechtshandlungen; es gehören dazu bestimmte weitere Eigenschaften. Sind sie vorhanden, so spricht man von Geschäftsfähigkeit. Wo es an Geschäftsfähigkeit fehlt, müssen Gewaltpersonen an Stelle des Rechtssubjektes handeln. Der Mensch ist, sobald er eine normale Entwickelung erreicht, geschäftsfähig und bleibt es, wenn nicht nachträglich gewisse die Willens- oder Verstandstätigkeit beeinträchtigende Zustände eintreten (§ 68). Juristische Personen können nur geschäftsfähig werden durch Organisation; die Organisation kann durch die Rechtsordnung gegeben sein oder bei Begründung der Person durch Satzung bestimmt werden; die Organisationsnormen nennt man auch Verfassung.

3. Rechtsobjekt. — § 52.

I. Einteilung in Gegenstände (Sachen, Energien, immaterielle Güter) und Personen (Persönlichkeitsrecht). Schranken des Rechts an Personen. II. Rechte: 1. außerhalb der Vermögenskultur; 2. innerhalb: a) Begriff des Vermögens: als solches kein neuer Vermögensgegenstand; b) doch gemeinsame Rechtsfolgen (Übertragung, Schuldenhaftung, verschiedene Vermögensschicksale bei gemeinsamem Träger).

I. 1. Die Rechtsobjekte, d. h. die Objekte, an welchen subjektive Rechte zustehen, können Gegenstände und Personen sein, weshalb man zwischen Gegenstandsrechten und Personenobjektsrechten unterscheidet.

2. Gegenstände teilen sich wieder in Sachen, d. h. körperliche Gegenstände, in faßbare Energien (z. B. Elektrizität) und in immaterielle Güter (Gedankenschöpfungen) (§ 58).

3. Personen, d. h. Rechtssubjekte, können wieder die Rechtsobjekte anderer Personen sein; die Person kann auch Rechtsobjekt der eigenen Person sein, so daß diese (als Rechtssubjekt) an sich selbst (als Rechtsobjekt) berechtigt ist, s. g. Individual- oder Persönlichkeitsrecht (§ 67). Die Person kann aber nur insofern Rechtsobjekt sein, als sie zugleich fortdauert, Person zu sein. Daher haben die Rechte an der Person ihre Schranken, entweder in einem Gegenrecht (beim Familienrecht[84]) oder in der engeren Begrenzung des Rechtsinhaltes (beim Schuldrecht). Wie weit die Berechtigung gehen darf, bestimmt die betreffende Einzelkultur.

II. 1. Außerhalb der Vermögenskultur liegen das Persönlichkeitsrecht (Recht an der eigenen Person) und das Familienrecht (Recht an der Person mit Gegenrecht), wenn auch beide die Vermögenskultur nach verschiedenen Seiten hin berühren.

2. a) Die übrigen Personenrechte und die Gegenstandsrechte sind vor allem der Vermögenskultur gewidmet[85]); die Gesamtheit aller, einer Person zustehenden Rechte, welche der Vermögenskultur angehören, heißt man ihr Vermögen. Diese Vermögensgesamtheit ist nicht etwa als ein neuer Vermögensgegenstand zu betrachten, so daß gleichsam alles zusammen zu einem Gegenstande zusammengesetzt würde und zu einem neuen Rechtsobjekte zusammenflösse.

Eine solche Behandlungsweise wäre den Geboten der Rechtstechnik widersprechend und der Herd der größten Unsicherheiten — man denke an eine Gezweitheit in dem Sinne, daß ein Gegenstand nicht mir gehört, aber als Teil meines Vermögens behandelt wird, was zu den größten Unfolgerichtigkeiten und schwersten Zusammenstößen führen könnte.

b) Dies schließt aber nicht aus, daß dem Vermögen als Gesamtheit eine gewisse Realität zukommt, d. h., daß aus der Zusammenfassung der Vermögensrechte gewisse rechtliche Folgen hervorgehen; denn

α) ist die Zusammenfassung bedeutsam für den Fall der Vermögensübertragung unter Lebenden oder von Todes wegen; eine solche Übertragung, bei welcher das Vermögen als Übertragungsobjekt genannt wird, ergreift von selber alle Vermögensgegenstände, die bekannten wie die unbekannten, unter Berücksichtigung der Schulden.

---

[84]) Treffend konstruiert der Islam auf solche Weise die Valaya in ihrer Anwendung als Familiengewalt, vgl. Ostrorog in der Einleitung zu Mawerdi I S. 78.

[85]) Vgl. oben § 39 f. den Abschnitt über Vermögenskultur und die Einteilung im 1. Buch des Besonderen Teils: §§ 67—84 Rechte außerhalb der Vermögenskultur (Persönlichkeits-, Familienrecht), §§ 85—125 innerhalb (Schuldrecht, Erbrecht).

β) Die Zusammenfassung ist wichtig für die Schuldenhaftung; denn diese ergreift mit der Person das Vermögen als Ganzes, also alle Vermögensgegenstände, die bekannten wie die unbekannten.

γ) Es ist die Möglichkeit vorhanden, daß jemand der Träger mehrerer Vermögen ist und daß diese Vermögen verschiedene Schicksale haben; hier muß vor allem der Ersatzgrundsatz gelten, d. h. der Grundsatz, daß, wenn ein Gegenstand aus dem Vermögen A mit einem anderen vertauscht wird, das Umgetauschte an Stelle des Ursprünglichen tritt [86]).

4. Beziehungsmöglichkeiten zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt. — a) Voll- und Teilrechte.

α) Begriff und Wesen. — **§ 53.**

I. 1. Voll- und Teilrechte bei allen subjektiven Rechten. 2. Grundsätzliche Darstellung nötig. 3. Sachenrechtliche Eigenarten. II. Wesen der Teilrechte. 1. Sie enthalten nur einen Teil der Vollrechtsbefugnisse. 2. Konsolidation bei Erlöschen. 3. Bedingte Konsolidation, wenn Inhaber des Teilrechts auch Inhaber des Vollrechts wird.

I. 1. Bei allen subjektiven Rechten ist der Unterschied zwischen Voll- und Teilrechten gegeben [87]), vor allem aber auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Er findet sich auf dem Gebiete des Rechts an Sachen, wie auf dem Gebiete des Immaterialrechts, er findet sich aber auch im Bereich der Forderungen. Daher gibt es Vollrechte an Sachen, wie Vollrechte an Forderungen, Teilrechte an den einen wie an den anderen.

2. Die grundsätzliche Darstellung muß daher den Unterschied der Voll- und Teilberechtigung und der verschiedenen Arten der Teilberechtigung ohne Rücksicht auf die einzelnen Rechte erläutern. Dies ist bisher regelmäßig nicht geschehen, sondern man hat diesen Unterschied zwischen Voll- und Teilrechten zunächst beim Sachenrechte entwickelt und hier von Eigentum, Nießbrauch, Pfandrecht und anderem gesprochen; sodann hat man diese Kategorien auch auf andere Güterarten übertragen, insbesondere auch auf die Forderungen. Dies hat zu großen methodischen Irrtümern geführt. Man glaubte, weil das Pfandrecht an Sachen ein Sachenrecht ist, das Pfandrecht immer als Sachenrecht behandeln zu können, und ebenso den Nießbrauch; während die richtige Gestaltung der Dinge vielmehr die ist: Nießbrauch, Pfandrecht usw. sind weder Sachenrechte noch Forderungsrechte, noch Immaterialrechte, sondern man bezeichnet damit

[86]) Die weitere Ausführung dieser Punkte ist in der Rechtslehre zu geben, und ich verweise hierwegen auf meine Einführung 5. Aufl. S. 15 f., mein Lehrb. des Bürgerl. R. Allg. Teil I S. 471 f. und Enzyklopädie 2. Aufl. II S. 21 f.

[87]) Vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R. Sachenrecht S. 336 ff.

einen bestimmten Grad und eine bestimmte Art der Teilberechtigung, welche an Vermögensobjekten aller Art vorkommen kann, und ihr „Korrelat“ ist nicht etwa Eigentum, Forderungsrecht oder Patentrecht, sondern ihr Korrelat ist Vollrecht. Daher gehören alle diese Kategorien in die allgemeine Lehre von der Rechtstechnik [87a]).

3. Dies schließt nicht aus, daß die Teilrechte in bezug auf Sachen bestimmte sachenrechtliche Eigenarten aufweisen, ebenso die Teilrechte an Immaterialgütern und an Forderungen, und es ist daher immerhin kein systematischer Fehler, diese Teilrechte in den betreffenden Rechtsgebieten zu erörtern. Man muß sich nur immer klar werden, daß es sich beim Nießbrauch an Sachen, an Forderungen, an Erfindungen, beim Pfandrecht an Sachen usw. nicht um dasselbe Recht handelt, sondern um ganz verschiedene Rechte, deren Gleichart nur darin besteht, daß sie zum Vollrecht in bestimmtem Verhältnisse stehen; denn sie äußern ihre Teileigenschaft dadurch, daß das Sachenrecht, das Immaterialrecht, das Forderungsrecht in einer bestimmten Gradesfülle und nach einer bestimmten Richtung hin zur Ausprägung gelangt.

II. 1. Das Wesen der Teilrechte besteht darin, daß sie einen Teil der Vollrechtsbefugnisse in sich schließen, aber für den Vollberechtigten, der im Hintergrund steht, noch etwas übrig lassen.

Hätte man nämlich die Ausscheidung für immer vollzogen, so hätte dies zu einer Zerstücklung des Rechts und damit zu den großen Schwierigkeiten geführt, welche entstünden, wenn eines dieser Teilrechte nachträglich erlischt, so daß hierauf das ursprüngliche Vollrecht teilweise bestünde, teilweise nicht.

2. Diese Schwierigkeiten hat der Verkehr der meisten Völker, soweit er sich entsprechend entwickelt hat, durch den genialen Gedanken beseitigt: diese Teilrechte sollen nicht etwa einen endgültigen Ausschnitt aus dem Vollrechte bilden, sondern sie sollen nur dem Vollrecht aufliegen, so daß dieses so lange belastet ist, als das Teilrecht besteht, daß dagegen bei Erlöschen des Teilrechts das Vollrecht wieder elastisch in seiner ganzen Größe erwächst. Damit ist erreicht worden, daß der Ausschnitt aus dem Vollrecht nicht eine endgültige Verkleinerung und Verminderung bewirkt, daß vielmehr dem Vollrechte die Möglichkeit geboten ist, sich wiederum in den früheren Zustand zu versetzen, sich zu „konsolidieren“.

3. Eine solche Konsolidation kann auch dadurch eintreten, daß der Inhaber eines Teilrechts zugleich Inhaber des Vollrechts wird. Indes ist hier die Konsolidation nur unter bestimmten Voraussetzungen der Gerechtigkeit entsprechend: sie ist

---

[87a]) Nießbrauch (§ 54), Pfandrecht (§§ 94 f.).

es nur dann, wenn durch diese Konsolidation keines der Rechte eine Einbuße erleidet.

Ist aber dies der Fall, dann bleiben beide Rechte nebeneinander so lange bestehen, bis entweder das Teilrecht erlischt, oder bis die Umstände sich so verändert haben, daß eine Auseinanderhaltung der beiden Rechte nicht mehr erforderlich ist [88]). Diese Idee ist einleuchtend. Welch einen vernünftigen Grund hätte es, im Fall des Zusammentreffens von Rechten das eine ohne weiteres zu vernichten! Und doch hat es lange gedauert, bis man dies anerkannt hat. Man denke sich den Fall, daß ein erstes Pfandrecht gegenüber einem zweiten und dritten besteht, und der Eigentümer das erste Pfandrecht erwirbt. Welchen Sinn hätte es, das erste Pfandrecht erlöschen zu lassen, so daß dei Eigentümer durch das zweite Pfandrecht bedrückt würde, das durch kein erstes Pfandrecht mehr in Schach gehalten wäre?

β) Höchstpersönliche Teilrechte. — **§ 54.**

I. Wesen und Funktion. II. Ausscheiden der Benutzung von sonstiger Benutzung. III. Nießbrauch. Nutznießung. IV. Engerer Anschluß an die Persönlichkeit des Berechtigten: 1. Zusatz (Verfügungsnießbrauch). 2. Minderung (persönliches Wohnrecht). V. Mehrheit Berechtigter. VI. Verbindung mit Pflichten gegen den Vollberechtigten. Feudalrechte. Verlagsrecht. VII. Rechte, die das Vollrecht fast erschöpfen.

I. Vielfach verbreitet im Leben der Völker sind Teilrechte höchst persönlicher Art, welche dahin abzielen, einer Persönlichkeit während ihrer Lebzeiten gewisse Befugnisse zu gewähren und ihr namentlich gewisse Genüsse an der Sache einzuräumen zu dem Zwecke, um die Persönlichkeit, solange sie lebt, mit bestimmten Lebensgütern auszustatten und ihr ein wohlhabendes Dasein zu gewähren. Derartige Rechte haben eine ähnliche wirtschaftliche Funktion wie die Leibrente, nur daß sie einen solchen an die Person geknüpften Genuß unmittelbar und nicht durch Vermittlung des Schuldrechts gewähren.

II. Manche dieser Teilrechte beruhen auf dem Gedanken, daß die Benutzung von Gegenständen nach ihrer Außenseite hin von der sonstigen Benutzung ausgeschieden wird.

Man denke an das Recht an Kirchenstühlen, an Theaterplätzen, man denke aber insbesondere an das Erbbaurecht, das in der neueren Zeit zu einem sozialen Institut ersten Ranges geworden ist, indem Gemeinden ihr neues Stadtgebiet in Erbbauweise parzellieren und damit sich die Aufsicht über die Art und Weise vorbehalten, wie die Einzelstücke den Wohnungszwecken der Bevölkerung dienstbar gemacht werden [89]).

III. Solche persönliche Teilrechte sind ferner der Nießbrauch und der mit familienrechtlichen Beziehungen verbundene Familiennießbrauch, d. h. die Nutznießung. Es handelt sich

---

[88]) Vergl. bereits meine Gesammelten Abhandlungen aus dem römischen und französischen Zivilrecht, 1883 bzw. 1877, S. 295.

[89]) Hierüber Recht und Persönlichkeit S. 207.

darum, daß jemandem die zeitweilige Ertragsmöglichkeit eines Rechtsgutes überantwortet wird, so daß ihm für diese Zeit der Ertrag zukommt.

Dies kann in doppelter Weise geschehen: entweder so, daß der Nießbraucher selber den Ertrag aus dem Gegenstande gewinnt, oder so, daß der Gegenstand durch einen Dritten verwaltet wird, der dem Nießbraucher den Reinertrag zuweist. Das Erstere bildet die Regel, denn der Grundgedanke ist: der Berechtigte soll sein Recht selbst ausüben. Die Vorstellung aber, daß die zeitweilige Ertragsmöglichkeit zum Gegenstande eines Rechts gemacht wird, während die sogenannte wirtschaftliche Substanz, d. h. die Grundkraft der Sache, dem Urberechtigten verbleibt, ist so einleuchtend, daß sie sich in den verschiedenen Rechten selbständig entwickeln mußte: so der römische ususfructus, die deutsche Leibzucht; sie ist ein fast unentbehrliches Mittel des bürgerlichen Lebens. Insbesondere kann auch der Nießbrauch an ganzen Vermögensmassen von Bedeutung sein, in welchem Falle dem Nießbraucher ein gewisses Verfügungsrecht an Einzelgegenständen zustehen muß, weil ohne dieses eine Vermögensverwaltung nicht denkbar ist. Namentlich aber führt das Familienrecht vielfach dazu, Familienmitgliedern zeitweilig ein solches Ertragsrecht zu gewähren, als Zusatz zu der familienrechtlichen Personengewalt (Nutznießung). (§ 79.)

IV. 1. Ein solcher Ausschnitt aus dem Vollrecht kann auch so gestaltet sein, daß er sich mehr an die Persönlichkeit des Berechtigten anschließt. Dies kann in doppelter Weise geschehen:

1. So, daß der Berechtigte neben den Ertragsrechten einen Zusatz bekommt, daß er insbesondere die Befugnis erlangt, einzugreifen und die Sache oder einen Teil der Sache zu veräußern. Das ist der Fall bei dem sogenannten Verfügungsnießbrauch, z. B. bei der deutschen Leibzucht [90]).

2. Mitunter ist aber die persönliche Beziehung so gestaltet, daß der Berechtigte weniger als die volle Ertragsmöglichkeit haben soll, nämlich nur so viel Einkommen, als für seinen persönlichen Unterhalt erforderlich ist, und ein besonderer Fall ist es, wenn jemand an einem Wohngebäude ein persönliches Wohnrecht hat, sofern und soweit er es für seine eigenen Zwecke bedarf.

Im Gegensatz dazu ist der Nießbrauch ein Recht, welches zwar ebenfalls an die Person geknüpft ist, aber der Person ein Genußrecht nicht nach subjektiver, sondern nach objektiver Abgrenzung gewährt, nach dem Maß dessen, was ein Vermögensgut ordnungsgemäß an Einkommen abwirft. Der Nießbrauch hat den Vorzug, daß die Person über die Not des Lebens hinaus bedacht ist, und daß insbesondere die Frage, was zum Lebensunterhalt gehört und was nicht, beiseite bleibt, eine Frage, die sehr leicht zu den peinlichsten Erörterungen führt.

V. Eine besondere Art der Berechtigung besteht darin, daß jemand an einem Rechtsgut nur einen Gebrauch hat, aber kein

---

[90]) Ein anderer Fall bei dem Vermögensnießbrauch wurde soeben erwähnt. Die ganze Rechtsgestalt des Verfügungsnießbrauchs habe ich zuerst entwickelt in den Jahrb. f. Dogm., XXIV, S. 187.

Ausschließungsrecht, so daß anderen ein gleicher Gebrauch eingeräumt werden kann.

Dadurch könnte seine Berechtigung sehr gebrechlich werden; allein es gibt Gegenstände, die so reichen Ertrag abwerfen, daß eine Fülle von Genußbeteiligungen möglich ist, ohne daß das Recht des Einzelnen zu einem leeren Schatten zusammenschrumpfen müßte. Namentlich bei den Immaterialgüterrechten sind derartige ausschlußlose Rechte sehr häufig, sogenannte Lizenzrechte; sie sind aber auch sonst denkbar, z. B. bei Steinbrüchen, Bergwerken usw.

VI. Eine weitere Art von Teilrechten ist dadurch gekennzeichnet, daß der Teilberechtigte die Befugnis der Benutzung zu dem Zwecke hat, um zugleich gewisse Pflichten gegen den Vollberechtigten zu erfüllen, so daß der Ausschnitt aus dem Vollrecht zwar nach der einen Seite hin eine Rechtsbelastung des Vollberechtigten darstellt, ihm aber nach der anderen Seite wieder die Leistung des Teilberechtigten entgegenbringt.

Die Sonderheit dieser Gestaltung hat das deutsche Recht mit seiner gewohnten Genialität erfaßt. So konnten die sogenannten Feudalrechte entstehen, indem der Vasall Rechte an einem Gute bekam mit der Verpflichtung, dem Lehnsherrn gewisse Leistungen zu machen; hier ging der Gedanke dahin: die Erträgnisse des Gutes sollen ihm die Möglichkeit gewähren, seine Stellung auszufüllen und dem Lehnsberechtigten seine Dienste in vollem Maße zu widmen. Heutzutage ist der Typus dieser Teilrechte das Verlagsrecht, indem der Verleger an einem Immaterialgute zu dem Zwecke Benutzungsrechte erwirbt, um das Gut an die Öffentlichkeit zu bringen und dadurch zugleich für den Immaterialgüterberechtigten zu wirken[91]. Der typische Fall ist das Verlagsrecht an Schriftwerken; aber auch bei anderen Immaterialrechten, z. B. beim Erfinderrecht, hat es sich entwickelt, und auch im Gebiete des Sachenrechts ist es denkbar.

VII. Die Rechte innerhalb des Vollrechts sind oft so gestaltet, daß sie das Vollrecht fast ganz erschöpfen und dem Vollberechtigten nur gewisse Aufsichtsrechte oder auch gewisse Einnahmen übrig lassen, welche nicht etwa schuldrechtlichen Charakter haben, sondern auf dem Gegenstande ruhen. Derartige Rechte sind insbesondere im Sachenrecht häufig, und vor allem im Recht an Grundstücken; sie sind namentlich hervorgegangen aus den Hörigenverhältnissen, indem man den Sklaven oder Halbsklaven auf der Scholle wohnen ließ und ihm gestattete, mit seiner Familie auf Grund und Boden ansässig zu bleiben, oder indem man einem Pächter, der sonst nur auf eine Reihe von Jahren ansässig war, ein dauerndes Recht für immer gewährte.

Diese Verhältnisse sind wirtschaftlich und kulturgeschichtlich von der größten Bedeutung geworden, denn sie haben es ermöglicht, daß sich ein mehr oder minder wohlhabender Bauernstand entwickeln konnte, der sich auf der Scholle wohl fühlte und damit einen kräftigen Grundstock der Bevölkerung

---

[91]) Wem dieser Parallelismus der Rechte (vergl. mein „Urheberrecht an Schriftwerken und Verlagsrecht" S. 296) nicht entspricht, mit dem ist nicht weiter zu rechten.

bildete. Mit der Zeit ist das Selbständigkeitsgefühl mehr und mehr erwacht, und das Streben, sich von dem Eigentümer loszulösen, ist immer mächtiger geworden. Hier hat man schließlich erreicht, daß das Eigentum zurücktrat, daß es abgelöst wurde, und daß auf diese Weise ein freier Stand der Landbewohner erwuchs (§ 70). Wenn Jhering es als einen Vorzug des römischen Rechts erklärte, daß es eine solche Vernichtung des Eigentums durch Auflegung von Teilrechten nicht gestattete, so war es gerade ein Nachteil des römischen Rechtswesens, daß es die Entstehung eines freien Bauernstandes aus dem Sklavenwesen unmöglich machte.

b) Substanz- und Wertrechte. — **§ 55.**

I. Wesen der Wertrechte: Erlangung eines Werts. II. Bedeutung: Aufhebung der Unbeweglichkeit.

I. Überall treffen wir ferner auf den Unterschied zwischen Substanzrecht und Wertrecht. Diejenigen Rechte, welche man Wertrechte nennt, tragen einen besonderen Typus. Ihre Sonderheit im Gegensatz zu den Normal- oder Substanzrechten besteht darin, daß der Wertberechtigte die Befugnis hat, ein Recht vollständig oder teilweise zu dem Zwecke auszuüben, um hieraus einen bestimmten Wert zu erlangen; dieser Wert begrenzt das Recht, und mit seiner Erlangung hat das Recht sein Ziel erreicht.

Es sind dies Rechte, welche nicht dahin streben, daß Gegenstände in ihrer individuellen Brauchbarkeit benutzt und in ihrer Bedeutung als Sondergegenstände zur Geltung gebracht werden, welche vielmehr lediglich dahin einmünden sollen, daß der Sache, und zwar entweder ihrem Gebrauch oder ihrer Substanz, ein bestimmter Geldwert entnommen wird. Die Folge ist, daß die konkrete Natur der Sache zurücktritt gegen die abstrakte, daß die Sache nicht mehr als ein Sondergebrauchswesen, sondern als ein Wertwesen in Betracht kommt, so daß die verschiedensten Gebrauchssachen einem und demselben Zwecke, nämlich der Werterzielung, dienen.

II. Diese Wertrechte haben die große Bedeutung, daß sie die Starrheit, die Einseitigkeit und Unbeweglichkeit des Gutes aufheben und dem Ganzen eine Geschmeidigkeit geben, insbesondere auch den unbeweglichen Sachen durch Herausschöpfung des in ihnen enthaltenen Wertes eine allgemeine Kulturbedeutung verleihen und die Sonderheiten des Einzelgutes kraft des einheitlichen Wertes verallgemeinern [92]).

Dies ergibt sich aus Folgendem: Der Wert ist für tausend Dinge verwendbar; die einzelnen Gerätschaften: Grundstücke, Tiere usw. aber haben zunächst nur für gewisse besondere Zwecke Brauchbarkeit. Hier gilt es nun, die besondere Brauchbarkeit in einen abstrakten Geldwert umzusetzen, so daß nunmehr die Sache überall da dienen kann, wo man einen Geldwert bedarf, um irgend eine Spekulation zu beleben oder einen Geldbedarf zu befriedigen. Der Gegenstand, der für fünf oder sechs Zwecke tauglich wäre, kann auf solche

---

[92]) Den Begriff des Wertrechts habe ich zuerst im Arch. f. civ. Prax. B. 91, S. 155, entwickelt. Natürlich ist auch dagegen Widerspruch laut geworden; darüber weiter zu streiten ist fruchtlos, und die Unterlassung des Fruchtlosen ist Pflicht. Vgl. auch Lehrb. d. Bürgerl. R. Sachenrecht S. 366 ff.

Weise für hundert Zwecke nützlich gemacht werden. All die tausend und aber tausend Vermögensgegenstände können durch dieses Kunstmittel unter einen Nenner kommen und auf solche Weise gleichmäßig, unabhängig von ihrer Einzelwesenheit, den verschiedensten Zielen zustreben. Es ist so, wie wenn in den Adern der Sache Geld flösse und aus ihrem Innern ein Geldstrom hervorginge. Die Wertrechte gehören daher mit zu den großen Errungenschaften der Menschheit. Vom wichtigsten der Wertrechte, vom Pfandrecht, ist in der Lehre der Schuldverhältnisse zu handeln (§ 94 ff.).

III. Ansprüche als Ausstrahlungen des subjektiven Rechts. — § 56.

I. Wesen des Anspruchs: Befugnis und Gebundenheit. II. Falsche Theorien: 1. Universalanspruch. 2. Anspruch gegen den Staat.

I. Aus dem Rechte strahlt der Anspruch aus, d. h. die Befugnis, einen anderen anzurufen, um von ihm eine Leistung zu verlangen. Ein Anspruch ist dann gegeben, wenn eine besondere Befugnis auf der einen und eine besondere Gebundenheit auf der anderen Seite vorliegt und man dieserhalb eine Person eben wegen dieser Gebundenheit anrufen darf, um von ihr eine Beihilfe zu seinen Interessen zu erlangen.

Der Anspruch erheischt daher eine besondere Beziehung, welche kraft eines Rechtsvorganges bei dieser Person eingetreten ist. So hat der Eigentümer nur dann einen Anspruch gegen einen Dritten, wenn dieser die Sache in seinem Besitze hat oder sich an ihr sonst in einer dem Recht des Eigentümers widersprechenden Weise vergreift. Nur so ist der Anspruchsbegriff fruchtbar, nur so führt er zur Klärung der Rechtslehre.

II. Verkehrt ist:

1. Der Glaube, daß der Eigentümer einen „Universalanspruch" gegen jedermann habe, „nicht gestört zu werden". Solange man nicht gestört worden ist, soll man auch die Welt ungestört lassen, und die Annahme eines Anspruchs gegen einen unschuldigen Spaziergänger, von dem man gar nicht belästigt wurde, ist eine Ungeheuerlichkeit.

2. Eine ebenso große Verkehrtheit ist die Annahme eines Anspruchs gegen den Staat dahingehend, daß der Staat für die Menschen alles Mögliche tue, insbesondere auch daß er, wenn man klagt, einem behilflich sei zum Rechte.

Wenn der Staat seine Aufgabe erfüllt, so ist dies seine Bestimmung; wenn der Einzelne befugt ist, sich an den Staat zu wenden, und wenn die Staatsorgane gehalten sind, auf diesen Antrag hin tätig zu sein, so liegt auf der einen Seite ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechts vor (§ 67), auf der andern Seite eine Pflicht der Organe gegenüber der Gesamtheit, daß sie tätig sind im Interesse des Ganzen wie der Einzelnen (§ 129). Hier einen Anspruch anzunehmen, und zwar einen Anspruch einer jedweden Person gegen einen jeden Staat, ist wiederum eine völlige Verkennung des Anspruchsbegriffs, die gerade bei Publizisten deshalb nicht selten ist, weil sie das Wort Anspruch in unklarer Weise gebrauchen. Das Wort Anspruch darf man nur kraft obigen Begriffs anwenden, sonst ist das Wort in unjuristischer, laienhafter Weise gebraucht (§ 165).

Drittes Kapitel

Rechts- und Naturordnung

I. Gemeingut und Sondergut[93]).

1. Entwickelung des Sonderguts. Immaterialgüterrechte. — **§ 57.**

I. Entwickelung des Sonderguts. Bewegliche Sachen mehr zur Verbesonderung geeignet. II. Immaterialgüterrechte (ästhetische und technische Güter).

I. Das Sondergut im Gegensatz zum Gemeingut setzt voraus, daß die Körperwelt aufgeteilt wird und nicht etwa dem gemeinsamen Genusse aller dient. Es ist aber durchaus keine Notwendigkeit, daß in bezug auf alle wirtschaftlichen Gegenstände eine gleiche Art der Verteilung stattfindet; möglicherweise kann eine Fülle von Dingen noch im Gesamtrecht stehen, während in bezug auf die übrigen bereits die Verbesonderung Platz gegriffen hat. So sind beispielsweise die beweglichen Sachen viel mehr zur Verbesonderung angetan, als die unbeweglichen, weshalb es auch begreiflich ist, daß Völker oft lange Zeit ein bewegliches Eigentum anerkannt haben, während sie noch jahrhundertelang das Grundeigentum gesamtrechtlich gestalten.

Die beweglichen Gegenstände stehen teilweise im Zusammenhang mit der höchstpersönlichen Lebensführung eines jeden Einzelnen, und wenn es auch immerhin möglich ist, daß sie der Gesamtheit gehören und dem Einzelnen immer nur leihweise überlassen sind, so setzt die Durchführung dieser Idee einen so hohen Grad von Gesamtheitsgesinnung voraus, daß ohne solche kein Glück und kein Heil möglich ist; während das Grundland, so lange es einfach zum Zwecke der Nahrungssuche durchstreift wird, sehr wohl Gemeineigentum bleiben kann, namentlich, wenn die Bevölkerung, wie in den Urzeiten, spärlich bleibt und die Gefahr der Zusammenstöße wenig erheblich ist. Aber noch in den Zeiten des Feldbaues und der Naturpflege wird selbst bei geringerem Gesamtsinn immer noch eine Gemeinsamkeit von Land und Flur durchzuführen sein, mit gemeinsamer Bebauung und mit gemeinsamer Weide. Und auch wenn die Bebauung eine mehr einzelpersönliche ist, so wird immer noch ein Zug nach gemeinsamer Tätigkeit übrigbleiben, und dies insbesondere dann, wenn die Ausrüstung des Einzelnen nicht für sich allein genügt, wenn der Eine des Andern bedarf, um einen Anteil des Bodens zu bebauen und die Schwierigkeiten zu überwinden, die ihm die Natur entgegensetzt. Selbst wenn der Kulturboden schon ganz ausgeteilt ist, bleiben immer noch große Strecken für die Gesamtbenutzung übrig; so das Wald- und Weideland, in welcher Beziehung sich die Vereinzelung noch lange Zeit als ein Verderben erweist, weil erst allmählich die Einzelwirtschaft sich so weit entwickelt, daß auch diese Gebiete mit eingeschlossen werden können.

II. In das Einzelrecht können auch geistige Schöpfungen fallen, und zwar Schöpfungen ästhetischer Güter wie technischer. Die ästhetischen Güter können mit Hilfe der

---

[93]) Vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R. Sachenr. S. 110.

Wortsprache oder der musikalischen Sprache oder mit Hilfe von Raum und Farbe wirken (Dichtung, Musik, bildende Kunst); die technischen Schöpfungen sind Erfindungen oder Gebrauchsmuster, d. h. Naturkräfte- oder Raumverbindungen, welche ein bestimmtes Ergebnis erzielen und dadurch fähig sind, gewisse menschliche Zwecke zu befriedigen. Alle diese Güter sind aber nicht vollständig einzelpersönlich, sondern haben insofern auch ein allgemein menschliches Element in sich, als jeder nur schaffen kann mit Hilfe der Geisteserrungenschaften der früheren Zeit. Allein dieses hindert nicht, daß er dasjenige, was er mit diesem Rohstoff selbständig schafft, für sich haben kann. Man hat hier von geistigem Eigentum gesprochen, richtiger spricht man von Immaterialgüterrechten (§§ 52, 58, 63).

Das Nähere wird in der entsprechenden Lehre des bürgerlichen Rechts entwickelt und kann hier außer Betracht bleiben, da ja die Darstellung des bürgerlichen Rechts nicht möglich ist, ohne die rechtsphilosophischen Elemente mit in Rücksicht zu ziehen; weshalb schon in meinen zahlreichen Schriften aus diesem Gebiet die rechtsphilosophische Betrachtung mit enthalten ist.

2. Güter, bei denen eine Verbesonderung nicht oder nur teilweise möglich. — **§ 58.**

I. Bei Lebensbedingungen der Menschheit unmöglich, bei Streben nach Allgemeinheit teilweise möglich. II. Sachentabu. III. 1. Fließendes Wasser Gemeingut. 2. Benutzung des Wassers als Sonderrecht.

I. Der Vereinzelung und Sonderberechtigung sind nicht alle Güter in gleicher Weise zugänglich. Es gibt solche, die überhaupt nicht vereinzelt werden können, und solche, deren Vereinzelung nur auf einige Zeit möglich ist. Gewisse Dinge sind unumgänglich für die Allgemeinheit bestimmt, da die Lebensbedingungen der Menschheit darauf beruhen, daß sie stets allen zukommen, wie z. B. Luft und Meer; diese können nicht verbesondert und darum nicht zum Gegenstand der Einzelrechte gemacht werden. Bei anderen Gütern ist zwar zeitweise eine Vereinzelung möglich, aber sie streben der Allgemeinheit zu, so daß sie nach einer bestimmten Zeit Gemeingut werden müssen, sofern sie ihrer Kulturbestimmung gemäß zur Verwendung kommen sollen. Dahin gehören die immateriellen Güter (Erfindungen und dergl., §§ 30, 52, 57, 63); es ist möglich, daß sie eine Zeitlang Gegenstand besonderen Rechts werden, aber, wenn sie sich bewährt haben, ist es absolut erforderlich, daß sie der Gesamtheit ohne weiteres zugänglich werden, schon darum, weil sie mit die Grundlagen der geistigen oder technischen Kultur bilden und auf ihnen sich wieder neue Lebensbedingungen aufbauen. Wenn aber eine Erfindung nicht einschlägt und sich als überflüssig erweist, dann ist dieser Rückfall erst recht

notwendig; denn unfruchtbare Rechte sind ein nutzloses Hemmnis und eine Quelle menschlicher Mißwirtschaft.

II. Ein Mittel, gewisse Güter der Besonderung zu entziehen und aus dem Verkehr zurückzuhalten, war der Sachen-Tabu. Tabu in diesem engeren Sinne, als Sachen-Tabu, entstand dadurch, daß durch Priester- oder Häuptlingsgebot eine Sache einem besonderen Lebenskreise zugewiesen wurde.

Es entstand dadurch eine Art von Weihe: der Gegenstand wurde dem Kultus oder dem königlichen Dienste gewidmet. Auf solche Weise war es möglich, eine Menge von Dingen der höheren staatlichen oder kirchlichen Aufgabe vorzubehalten, die sonst in plumpen Lebensverhältnissen einen viel geringeren Dienst geleistet hätten. Auch hier war der Tabu ein außerordentliches Förderungsmittel menschlicher Kultur (§ 49).

III. 1. Das fließende Wasser ist Gemeingut; doch ist es möglich, daß es in das Privatrecht eintritt, aber nicht so, wie man früher gemeint hat, daß die fließende Wasserwelle eine Zeitlang dem A., dann dem B. und dann dem C. gehörte.

Ein derartig ständig wechselndes Eigenrecht wäre ebenso verfehlt, wie wenn man annehmen wollte, daß das Wild Gegenstand des Eigenrechts desjenigen wäre, in dessen Gebiet es sich augenblicklich befindet. Ein Eigenrecht, das auf solche Weise den Mantel nach dem Winde kehrte, stände zu sehr mit der Natur des Sonderrechts im Widerspruch.

2. Auf der anderen Seite muß anerkannt werden, daß private Rechte in der Art möglich sind, daß die Benutzung des Wassers und der in dem Wasser enthaltenen Kräfte einem Einzelnen als Sonderrecht zugewiesen wird: namentlich die Benutzung des im Wasser liegenden Gefälles und der darin ausgelösten Kraft. Ein derartiges Recht läßt sich nur darstellen als ein Recht an der Energie, ähnlich dem Elektrizitätsrecht (§ 52), ein Recht, welches dem Eigentümer des Flußbettes oder einem anderen zusteht, und welches dahin geht, daß die zeitweise örtlich festgelegte Kraft von ihm ausschließlich verwendet werden darf.

Die Ausbeutung dieser Kräfte ist für die Menschheit von erheblicher Bedeutung; schon von alters her hat das Mühlenrecht seine eigenartige Gestaltung gefunden; das industrielle Zeitalter aber bedarf der Wasserkräfte in gesteigertem Maße: hier muß häufig der eine Anlieger zurückstehen, wenn besondere wirtschaftliche Interessen des Ganzen auf dem Spiele stehen.

3. Berechtigung der Verbesonderung und Folgen für die Kultur. — § 59.

I. Abhängigkeit von Kulturentwickelung; der Vereinzelung entsprechen persönliche Güter. II. Folgen: 1. Neue Lebensverhältnisse. 2. Neue Kulturgüter, Schutz geistiger Erzeugnisse. Neuschöpfung und Neuverteilung. 3. Steigerung der menschlichen Kräfte. 4. Ichtum.

I. Ob eine Aufteilung gerechtfertigt ist oder nicht, läßt sich, wie alles Rechtsphilosophische, nicht in allgemein gültiger Weise bestimmen, sondern hängt von dem Stande der Kulturentwickelung ab, ob die Kultur eine Gesamtkultur oder eine

einzelpersönliche ist. Je mehr sie sich verbesondert, desto mehr wird der Gedanke des Eigentums durchgreifen, und desto mehr wird das Eigentum seine Wurzel senken in das Recht und in die Herzen aller. Der Vereinzelung (Individualisierung) der Menschen (§ 37) entspricht eine Zuteilung persönlicher Güter, damit ein jeder sich ausleben und seine Kräfte entwickeln kann. Denn die Menschheit kann ihre Ziele nicht erreichen, wenn nicht die Energien eröffnet werden, die in jedem einzelnen Wesen schlummern, und die solange in Erstarrung liegen, als der Einzelne völlig von der Gesamtheit umfaßt wird.

II. 1. Diese Vereinzelung in Verbindung mit der notwendigen Zusammenfassung führt zu Lebensverhältnissen, welche die frühere Zeit nicht gekannt hat. Die Erziehung nimmt einen ganz anderen Charakter an, die Geschlechterverbindung wird zur gegenseitigen Hebung und Förderung, die Freundschaft zur Brüderschaft, und eine Fülle neuer Vereinigungen wird dazu dienen, Einzelbestrebungen auf gemeinsame Wege zu leiten, um auf solche Weise den vielseitigen Interessen zu dienen.

2. So wird die Rechtsordnung auch ein ganz anderes Gesicht bekommen. Es werden sich neben den Einzelrechten Hausvermögensrechte, Rechte von Gemeinschaftsgenossen und von Vereinen entwickeln und auf solche Weise dazu beitragen, daß neue, mächtige Kulturgüter entstehen. Und wie durch den Schutz des Eigentums die Produktionskräfte in bezug auf die körperlichen Güter in höchstem Maße gesteigert werden, so wird der Schutz geistiger Erzeugnisse wiederum mächtig wirken: denn der Einzelne soll als Einzelner walten, er soll die Frucht seiner Arbeit genießen; hier wie sonst soll ein gesundes Eigenstreben die Menschheit beherrschen und zu steten Leistungen anfeuern. Auf solche Weise entstehen ungeheure Tätigkeitsformen und damit eine ständige Neuschöpfung von Gütern auf der einen Seite, und auf der anderen Seite eine ständige Neuverteilung, die es ermöglicht, daß die Güter bald verbesondert, bald wieder in Gemeinsamkeit zusammengelegt werden, so daß sie sich dadurch fruchtbar und gedeihlich gestalten.

Denn es ist eine Eigenschaft der wirtschaftlichen Güter, daß sie bald in Besonderung, bald in durchdachter Verbindung mehr ausrichten als bei ungeordneter Beteiligung aller; und es handelt sich wesentlich darum, bald das Einzelvermögen in seinem vollen Glanz zu entfalten, bald solche Verbindungen zu erzielen, welche geeignet sind, aus sich heraus unendlich viel Neues und Bedeutendes zu schaffen. Die Kultur mit der Vereinzelung und mit der durchdachten Verbindung der Güter ist der ständige Mutterschoß neuer Lebensgüter und neuer Lebensschöpfungen.

3. Natürlich wird kein Kulturstaat das Einzelrecht und damit die Errungenschaft aufgeben, welche die Menschheit in jahrhundertelangem Bemühen erworben hat, es müßte denn

die Geschichte wieder eine jener unlogischen Versündigungen begehen, daß der menschliche Wahn sich verirrt und erst nach Jahrhunderten wieder seiner hohen Kulturaufgaben bewußt wird (§ 32). Das Entstehen des Einzelrechts ist vielmehr ein mächtiges Förderungsmittel der menschlichen Kultur gewesen, ebenso wie die Vereinzelung des Menschen; denn dadurch wurden die menschlichen Kräfte in unerhörter Weise gesteigert; durch die größere Mannigfaltigkeit wurde ein gewaltiger Reichtum an geistigen Beziehungen geschaffen und zugleich die Herrschaft über die Erdengüter in ungeahnter Weise erhöht; denn es wird jetzt viel mehr ausgesonnen und versucht.

4. Vor allem aber tritt das gesunde Ichtum zutage, das die Kulturmenschheit beherrscht und nicht wieder verläßt.

Denn was man für sich und für seinen Vorteil hat, wird man mit doppelter Liebe besitzen, und etwas Derartiges zu erlangen, wird man mit viel größeren Kräften erstreben, als wenn der Vorteil anderen oder der Gemeinschaft zukäme. Natürlich schafft auch hier die List der Weltordnung Einbildungen und Träume. Sie gaukelt dem Menschen ungeheure Freuden und rosiges Glück vor, falls er gewisse Güter erworben habe, und nachdem er sie erworben, tritt die Ernüchterung und Enttäuschung ein. Allein dieses Einbildungsleben ist von jeher ein großartiges Förderungsmittel der Kultur gewesen (§§ 41, 89, 106).

II. Der Einzelne und das Eigengut

1. Besonderheiten des Grundeigentums. a) Besondere Regelungen. Bergbau. Luftrecht. — **§ 60.**

I. Besondere Regelungen des Grundeigentums. II. Bergbau. Verbindung mit Grundeigentum oder Verselbständigung. Monopol oder Freiheit. III. Grundeigentum und Luftraum.

I. Insbesondere am Grund und Boden und seinen außerordentlichen Schätzen wird man das Einzelrecht nicht aufgeben. Dem steht nicht entgegen, daß das Eigentum an den Teilen der Erdoberfläche gewissen besonderen Regelungen unterworfen werden muß mit Rücksicht auf seine Begrenzung und Geschlossenheit. Die Rechtsordnung kann Bestimmungen treffen über die Ausdehnung des Großbesitzes, wie über die oft recht ungesunden Parzellierungen.

Wie der Grund und Boden dem Verweilen der Menschen dient, so muß die rechtliche Gestaltung, welche er annimmt, den Bedürfnissen der Menschheit angepaßt sein. Aber alles Dieses gibt dem Sondergut nur seine Regelung, es hebt es nicht auf. Der Gedanke, daß das Grundeigentum verstaatlicht [93a]), und die bisherigen Eigentümer zu bloßen besoldeten Funktionären herabgesetzt werden sollen, ist abzulehnen. Daß der Konjunkturengewinn und der damit zusammenhängende Vermögenszuwachs einer besonderen Steuer unterworfen wird, ist etwas Besonderes und rührt an dem Grundeigentum und der Möglichkeit seiner individuellen Gestaltung nicht [94]).

[93a]) Über Staatssozialismus überhaupt § 44.

[94]) Recht und Persönlichkeit S. 162 f., wo über diese Fragen weiter gehandelt wird.

II. Die unterirdischen Schätze der Erde sind für die menschliche Kultur von grundlegender Bedeutung; unsere Kultur hat man nicht mit Unrecht eine metallische genannt. Die Pflege des Bergbaus ist daher wesentlich. Die Bergwerke können mit dem Grundeigentum in Verbindung gesetzt, sie können aber auch verselbständigt werden, und in letzterer Beziehung kann der Bergbau entweder der staatlichen Obgewalt anheimgegeben (Monopol) oder der Bergbaufreiheit überlassen sein. Auch in dieser Beziehung läßt sich ein bestimmtes, allein richtiges, System nicht aufstellen.

Nur folgendes ist zu bemerken: Die Lösung vom Eigentum an Grund und Boden hat große Vorzüge, weil die Grubengänge durchaus nicht mit den Grenzen des Grundeigentums zusammenfallen, und weil außerdem der Bergbau eine so verschiedene Technik verlangt und in seiner Kapitalisierung von dem Bodenbau so grundverschieden ist, daß eine Zusammenfügung der beiden Kulturen mehr oder minder lästig sein muß. Ob man sodann die Freiheit des Bergbaues oder das staatliche Monopol einführt, muß die Zweckmäßigkeit des einzelnen Falles entscheiden. Die Freiheit kann zeitweise außerordentlich dazu beitragen, daß die Mineralstätten ausfindig gemacht und zur Ausbeutung gebracht werden. Auf der anderen Seite kann sie aber auch, in Verbindung mit Vergesellschaftungen, zu Kartellvereinen und zu verderblichen Zwangs-Monopolisierungen führen; es können notwendige Mineralien (Kohlen!) für die Menschheit verteuert werden, und vor allem kann der Fall vorkommen, daß das Ausland sich der Schätze des Inlandes in unangemessener Weise bemächtigt. Wo derartige Erscheinungen hervortreten, wird es sachentsprechend sein, wenn der Staat seine Hand auf die Schätze legt und sich vorbehält, durch Konzessionierungen den Erwerb von Bergwerksrechten zu regeln (§ 43). In Fällen, wo ein Bodengebiet wirtschaftliche Schätze in einer gewissen Ausschließlichkeit darbietet, wie das Kali in Deutschland, das Petroleum im europäischen Osten, ist das staatliche Einschreiten besonders erforderlich.

III. Das Bodeneigentum muß sich, um sicheren Bestand zu haben, in den Luftraum erstrecken, soweit dafür ein vernünftiges Interesse besteht; aber auch innerhalb der Sphäre dieses Interesses muß es sich gewissen Beschränkungen unterwerfen zugunsten der Luftschiffahrt, welche die Menschheit nicht entbehren kann. Die Versöhnung der beiderseitigen Erfordernisse hat das Luftrecht anzubahnen[94a].

b) Grunddienstbarkeiten. — **§ 61.**

I. Wirtschaftliche Bedeutung. II. 1. Rechtliche Konstruktion. 2. Zweck. III. Aufdrängung durch die Rechtsordnung. Quellenrecht.

I. Das gesonderte Eigenrecht an Grund und Boden bedarf oft der Nachbesserung; denn so groß die Vorzüge der sicheren Zuteilung des Eigenlandes mit festen Grenzen sind, so fordert geographische Lage und wirtschaftliche Stellung der Grundstücke vielfach einen Übergriff über die Grundstücksgrenzen

[94a]) Vgl. „Luftfahrtsrecht", Berlin 1912.

hinaus, weil sonst das eine Grundstück hilflos wäre, und seine Kräfte oder doch ein Teil seiner Kräfte brach liegen müßten. Um auf solche Weise ein hilfsbedürftiges Grundstück zu unterstützen und die Kräfte in ihm zu wecken, sind die Grunddienstbarkeiten erdacht worden, d. h. Berechtigungen der Art, daß zugunsten des einen Grundstücks ein anderes belastet ist, und an diesem anderen Grundstück Vorrichtungen und Anlagen gebaut, Betätigungen vollzogen werden dürfen, oder daß dieses Grundstück zur Unveränderlichkeit verurteilt wird, damit das andere seine Vorzüge ungehindert entwickeln kann. Diese Grunddienstbarkeiten stehen dem Grundstück zu. Man spricht deswegen von herrschendem und dienendem Grundstück.

Man denke sich ein Grundstück, dem das Wasser fehlt, und dem solches nur durch ein anderes Gelände zugeführt werden kann, oder das durch eine Leitung mit dem elektrischen Strom verbunden werden muß, und anderes. Hier tritt sehr häufig die Erscheinung zutage, daß einer geringfügigen Belastung auf der einen Seite ein unermeßlicher Vorteil auf der anderen Seite entspricht. So entwickelt sich die Grunddienstbarkeit als ein Födernis des agrarischen Lebens, als eine Wohltat für die städtischen Wohnungsverhältnisse, als ein Hilfsmittel der Industrie, insbesondere durch Elektrizitätsvermittlung, und schließlich als ein Bannerträger der heilbringenden Hygiene — man denke an die Dienstbarkeit des Villenbaues und der Freilassung gesundender Landstriche [95]).

II. 1. Rechtlich ist natürlich die Sache so gestaltet, daß der Berechtigte des herrschenden Grundstücks der Berechtigte der Grunddienstbarkeit ist; indes darf es doch nicht so aufgefaßt werden, als ob die Berechtigung auf den Eigentümer des herrschenden Grundstücks festgelegt wäre, sondern, wer an dem herrschenden Grundstück Rechte hat, zu deren Ausübung das andere Grundstück benutzt werden muß, der kann sich der Grunddienstbarkeit bedienen. Diese steht also nicht nur dem Eigentümer, sondern überhaupt einem jeden Berechtigten des herrschenden Grundstücks nach Art seines Rechtes zu, und das will man sagen, wenn man davon spricht, daß das Grundstück selber das berechtigte Subjekt ist [96]).

2. Wesentlich ist, daß die Rechtsordnung die Möglichkeit gewährt, einem Grundstück die weitestgehende Hilfe zu verschaffen, und daß auf der anderen Seite doch so viel Rücksichten gewahrt werden, daß das dienende Grundstück möglichst wenig belastet wird und möglichst ausreichend seiner eigenen Bestimmung erhalten bleibt.

---

[95]) Diese Bedeutung der Grunddienstbarkeiten für das moderne Recht habe ich im Arch. f. b. Recht 87 S. 157 f. und in der Einführung 5. Aufl. S. 46 entwickelt, während die Pandektologie im alten Geleise der Römer weitergelaufen war. Vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R. Sachenrecht S. 310 ff.

[96]) Die Möglichkeit, daß die Dienstbarkeit nur dem Eigentümer zusteht, ist allerdings nicht ausgeschlossen; vgl. Bürgerl. R. Sachenrecht S. 311 f.

Insbesondere muß dem Verlangen, die Grunddienstbarkeit zu verlegen, sofern dies ohne Abbruch der Vorteile des herrschenden Grundstücks geschehen kann, möglichst entsprochen werden; denn auch hier ist dasjenige Recht das beste, welches die entgegengesetzten Interessen am ergiebigsten ausgleicht. Die konstruktiven Einzelheiten gehören dem bürgerlichen Recht an[96a]).

III. Die Dienstbarkeiten können auch durch die Rechtsordnung aufgedrängt werden, wenn überwiegende Gründe dafür sprechen; so hat das altgriechische wie das germanische Recht das agrarische Leben durch eine Fülle derartiger Hilfseinrichtungen (Wasser-, Wegerechte) unterstützt. Vor allem kommt das Recht der Quellen in Betracht: wer eine Quelle hat, muß nicht nur sich, sondern auch den Nachbarn, ja der ganzen Gemeinde dienen; Thermal- und Mineralquellen bedürfen der öffentlichen Regelung[97]).

c) Zubehör. Unternehmereinheit. — **§ 62.**

Das bewegliche Vermögensgut nimmt eine besondere Wesenheit an, wenn es mit unbeweglichem zu einer wirtschaftlichen Vereinigung zusammentritt, wodurch das Ganze eine Schöpferkraft erwirbt, welche den Sachen in ihrer Vereinzelung unmöglich wäre. Die Organisation, die in der Menschheit wirkt, wirkt auch im Bereich der Sachenwelt. Ist hierbei die unbewegliche Sache die bestimmende, so spricht man von Zubehör, welches Zubehör wieder ein loses wie ein verbundenes Zubehör sein kann, und im letzten Fall zum Bestandteil wird. Schon das agrarische Leben kennt solche Beziehungen; unsere Industrie ist voll derselben: jede Fabrik bietet ein Beispiel, die Verbindungen sind unzählige. Dient bewegliches und unbewegliches Gut einem einheitlichen Zweck, so spricht man von Unternehmereinheit. In allen diesen Fällen muß das Recht sich so gestalten, daß die wirtschaftliche Organisation gewahrt, ja gestärkt und gefördert wird[98]). Daher soll bei den Rechtsgestaltungen dahin gewirkt werden, daß die Einheit gewahrt bleibt (so im Hypothekenrecht), und es soll verhütet werden, daß durch Einzelpfändung das Ganze auseinandergerissen wird.

2. Erwerb und Verlust des Eigentums. — a) Erwerb des Eigentums.

α) Ursprünglicher Erwerb. — **§ 63.**

I. Geschichtliche Entstehung. Bildung des abgeleiteten Erwerbs. II. Ursprünglicher Eigentumserwerb durch Arbeit (auch des geistigen Schöpfers). Erfolg maßgebend. III. Ersitzung.

I. Die Art, wie die Rechtsordnung dem Einzelnen das Eigengut zuweist, hängt mit der geschichtlichen

---

[96a]) Vgl. Bürgerl. R. Sachenrecht S. 282 f.

[97]) Recht und Persönlichkeit S. 69.

[98]) Über diese Bedeutung des Zubehörs habe ich zuerst gehandelt im Jahrb. f. Dogm. XXVI S. 1 f., neuerdings in Enzyklopädie II S. 21 und Lehrb. d. Bürgerl. R. Sachenrecht S. 53 ff.

Entwickelung zusammen und beruht nirgends völlig auf Vernunftgründen. Sie hängt zusammen mit der Bildung der Staaten und kann nicht für sich allein, sondern nur als Teil des großen Prozesses der staatlichen Kulturschöpfung verstanden werden. Erobervölker machen hier die Gewalt des Eroberers geltend (§ 131); und die völkerrechtliche Grundbestimmung, daß der einmal erworbene Besitz eine gewisse Vernünftigkeit an sich trage und nicht beliebig verändert werden dürfe, waltet auch hier. Ist aber einmal der Hauptteil der wirtschaftlichen Güter in den menschlichen Verkehr gelangt, dann handelt es sich regelmäßig nicht mehr um den ursprünglichen Erwerb, sondern um den abgeleiteten.

II. 1. Immerhin gibt es aber auch jetzt noch, zu Zeiten, wo eine vernünftige Regelung möglich ist und die Friedensverhältnisse sich befestigt haben, Fälle des ursprünglichen Erwerbes, und in dieser Beziehung muß gesagt werden: dem Recht entspricht es insbesondere, daß derjenige, der etwas erarbeitet, eigenberechtigt wird, indem er sein Eigenwesen mit dem Gegenstand verbindet. Das ist der Eigenrechtserwerb durch Arbeit, der von Locke u. a. verteidigt worden ist; welche Lehre etwas Richtiges an sich hat, nur eben nicht übertrieben werden darf; denn diese Erwerbsart kann keine Ausschließlichkeit beanspruchen.

Des Näheren gilt Folgendes: Hat jemand seine Arbeit in ein Naturgut gelegt, indem er es aus der fremden Natur in die menschliche Weltherrschaft zog oder indem er seinen verkehrsmäßigen Wertcharakter umgestaltete, dann kann er verlangen, daß er dem Gut näher stehe als die übrigen, da er ein Stück seiner Persönlichkeit in das Gut hineingelegt und hierdurch dem menschlichen Lebensverkehr einen neuen Wertgegenstand geschenkt hat.

2. Daraus ergibt sich die Berechtigung des Eigentumserwerbs durch Verarbeitung; wobei der Grundsatz gilt, daß es nicht auf die geleistete Arbeitsmenge ankommt, sondern auf den durch die Arbeit gestifteten Erfolg, d. h. auf den der Menschheit erworbenen Neuwert. Diesen Arbeitstitel hat auch der geistige Schöpfer, welcher der Welt neue Ideengüter erarbeitet hat; auf solche Weise rechtfertigt sich das Immaterialgüterrecht des Dichters, Musikers, Künstlers und Erfinders (§ 57).

III. Ein anderer Grund des Eigentumserwerbs ist die Ersitzung. Hier ist es die Zeit, welche der Beziehung des Einzelnen zur Sache ihre Weihe gibt, die Zeit mit Allem, was in der Zeit erfolgt.

In der Zeit bilden sich Kulturprozesse, bei welchen das wirtschaftliche Gut eine helfende Rolle spielt, so daß es zum notwendigen Bestandteil einer Kulturerrungenschaft wird. Das Gut aus dieser Verbindung herauszunehmen, wäre eine Kulturwidrigkeit; dies soll die Ersitzung verhindern (§ 30).

β) Austauschbarkeit. Übertragung. Vermögensverschiebungen. Folgen. — § 64.

I. Austauschbarkeit. 1. Vorteile. Arbeitsteilung. 2. Voraussetzungen der Arbeitsteilung. II. Übertragung. 1. Bestehenbleiben der Eigenart. 2. a) Erwerb von mehr Rechten durch den Rechtsnachfolger. b) Gründe (Öffentliches Vertrauen, Verkehrsbelästigung). c) Der römische Grundsatz nicht allgemein gültig. III. Vermögensverschiebungen. 1. Gründe. 2. Milderungen. (Hebung der Lage, Unterstützung, Sorge für Bedürftige, Zusammenschluß.)

I. 1. Damit das Sondergut seine Kulturaufgaben erfüllen kann, muß es austauschbar sein; denn nur hierdurch wird die Möglichkeit gegeben, daß das Vermögen an die Stelle kommt, wo es am besten wirken kann. Dies hat noch große weitere Vorteile; hierdurch wird die Schöpferkraft ins Ungemessene gesteigert. Jeder schafft nicht nur, was er selber brauchen kann, sondern bedeutend mehr, weil er dies an Andere austauschen und sich damit irgendwelche Vorteile verschaffen kann. Eine systematisch auf den Austausch gerichtete Arbeit und damit eine Arbeitsteilung kann nur auf solche Weise entstehen, und mit ihr sind die bekannten Vorteile der Arbeitsteilung verbunden (§ 99).

Der Arbeiter erlangt eine größere Geschicklichkeit; er richtet sich auf die Arbeit ein, trifft die nötigen Veranstaltungen, um sie im Großen auszuführen, und wird daher besser und mehr produzieren als unter anderen Umständen. Und da Solches bei Anderen ebenso der Fall ist, so wird das Drei- oder Vier- oder Sechsfache von dem geschaffen, was geschaffen würde, wenn jeder die Gesamtheit der ihm notwendigen Erdengüter hervorbringen wollte.

2. Diese Arbeitsteilung, welche schon Plato im Staat (§ 19) und Aristoteles in seiner „Politik“ als ein Förderungsmittel der Kultur erkannt, im 18. Jahrhundert Adam Smith überschwänglich gepriesen hat, setzt natürlich voraus, daß man den Teil der Güter, den man nicht für seinen persönlichen Gebrauch haben will, gegen andere Güter umtauschen kann; dies auch schon deshalb, weil, wenn man nur einseitig schafft, die übrigen Bedürfnisse nicht gedeckt sind, und man bezüglich dieser den Zuschuß von Dingen bedarf, die von anderer Seite erzeugt werden.

II. 1. Hiernach wird also das Vermögen übertragbar. Die Übertragung unterscheidet sich von der Neubegründung eines Rechts dadurch, daß die besondere Eigenart, welche durch die Begründung des Rechts und seine bisherigen Schicksale entstanden ist, nicht verschwindet, sondern in der Hand eines später Berechtigten bestehen bleibt. Man darf daher nicht etwa sagen, daß das Recht des Anderen einfach ein neues Recht ist, sondern es ist als neues Recht zu gleicher Zeit die Fortsetzung des alten Rechts mit den ihm eigentümlichen Besonderheiten.

2. a) Hierbei kann ein Doppeltes geschehen: entweder wird die Aufrechterhaltung der Besonderheiten vollständig durchgeführt, oder es werden nur einige Besonderheiten übernommen, während im übrigen in der Hand des Nachfolgers ein individuell andersgeartetes Recht entsteht. Es ist daher möglich, daß der Rechtsnachfolger mehr Rechte erwirbt, als der Vorgänger hatte; denn die Rechtsordnung hat, wie oftmals, Grund, von der Aufrechterhaltung der Besonderung abzugehen und dem Erwerbsakt des Rechtsnachfolgers eine darüber hinausgehende Bedeutung zuzumessen.

b) Ein wichtiger Grund ist das öffentliche Vertrauen, entweder überhaupt, oder ein Vertrauen, das durch gewisse begleitende Umstände besonders gesichert wird, auf welche der Erwerber baut und nach den Auffassungen des Verkehrs bauen darf, so daß er annehmen muß, ein festes und unbeschränktes Recht zu erwerben. Ein anderer (namentlich im jüdischen Rechte ausgesprochener) Gedanke ist, daß der Eigentümer, wenn er seine Sache nicht sofort verfolgt, oder wenn ihm die Verfolgung nicht gelingt, den Verkehr nicht in ungemessener Weise belästigen darf.

c) Es ist daher vollständig verfehlt, anzunehmen, daß der römische Grundsatz, wonach niemand mehr Rechte übertragen kann als er selbst hat, ein in der Natur der Sache liegender allgemeingültiger Grundsatz sei! Solches kann nur eine oberflächliche Rechtsanschauung behaupten. Vielmehr ist es sehr leicht möglich, daß der Erwerber mehr Rechte erwirbt als der Vorgänger hatte, und gerade darin liegt jene Eigenart, welche die Sicherheit des Verkehrs begründet. Allerdings führt dieser Erwerbsgrundsatz zugleich zum Verlust; davon ist in der Lehre von Erlöschen der Rechte (§ 65) zu handeln.

III. 1. Die Veräußerlichkeit des Sonderguts bewirkt von selbst Verschiedenheiten des Vermögens und ist großenteils die Quelle der Ungleichheiten und Mißstände, welche diese zur Folge haben. Denn es wird der Eine günstig und der Andere ungünstig mit seinem Vermögen verfahren, und es wird mancher, sei es in Not, sei es in Leichtsinn, sein Vermögen gegen einen nicht genügenden oder nur vorübergehenden Gleichwert veräußern. Dazu kommt die Erbfolge, von der in § 117 ff. die Rede sein wird, welche schon wegen der verschiedenen Erbenzahl eine große Quelle der Ungleichheit ist.

2. a) Solange das Sondergut besteht, kann diese Ungleichheit nicht beseitigt, sondern nur gemildert werden. Man sucht sie zu mildern

α) dadurch, daß man die Lage des Arbeiters hebt und auf solche Weise bewirkt, daß er auch mit mangelndem Kapital sich emporarbeiten kann;

β) dadurch, daß man mit Stiftungsvermögen oder anderen ständigen Geldmitteln Leute, denen es nicht an Arbeitskraft, wohl aber an Hauptgut fehlt, unterstützt;

γ) dadurch, daß man in Zeiten der Ungelegenheit für den Bedürftigen sorgt und auf solche Weise bewirkt, daß er nicht mittellos wird.

δ) Vor allem aber können durch gesellschaftlichen Zusammenschluß die Schwachen sich selbst helfen und die kleinen Kapitalisten sich gegenseitig unterstützen und dadurch das Fortkommen eines jeden erleichtern.

b) Diese ganze Milderung hängt mit dem Grundsatz der Entwickelung zusammen, daß die Vereinzelung immer wieder nach Vergesamtung und daß somit die Ungleichheit immer wieder nach Gleichheit strebt. (§§ 37, 59.)

b) Verlust des Eigentums. — § 65.

I. Enteignung. II. Verlust durch den gutgläubigen Erwerber.

I. Was besteht, ist wert, daß es zugrunde geht, und dazu gehört auch das Eigenrecht.. Es können Fälle eintreten, in welchen das Eigenrecht sogleich entschwinden muß: zwar soll der Staat nicht willkürlich eingreifen und nur gegen Entschädigung enteignen; allein dies ist ein Satz, der nicht der Eigenrechtslehre angehört, sondern der gerechten Lastenverteilung: der Staat soll, wenn er des Vermögens einer Einzelperson bedarf, diese nicht in der Art belasten, daß sie mehr zu tragen hat als andere, sondern er soll die Lasten verteilen, d. h. dem Enteigneten einen entsprechenden Betrag zuweisen, so daß er nicht mehr als andere zu den allgemeinen Bestrebungen zuzuschießen hat (§ 128).

II. Viel wichtiger aber ist der Untergang des Eigentums durch den Zusammenstoß mit den Anforderungen des Verkehrs. Es gibt viele Fälle, wo das Eigenrecht sich den Interessen gutgläubiger Dritter beugen muß und wo insbesondere Verkehrsveranstaltungen, welche durch ihre Öffentlichkeit eine starke Gewähr für den Eigenerwerb bieten, bestehen und wir dem Erwerber soviel Recht geben, als er nach diesen Umständen erwarten kann. Aus diesem Zusammenstoß zwischen Eigenrecht auf der einen und den Bedürfnissen des gutgläubigen Verkehrs auf der anderen Seite sind alle Sätze hervorgegangen, welche den gutgläubigen Erwerber zum Eigenberechtigten machen ohne Rücksicht auf das Eigenrecht des Veräußerers, so daß der wirkliche Eigenberechtigte den Verlust erleidet. Dieser Rechtserwerb

steht im Zusammenhang mit der doppelten Rechtsordnung und mit den Übertragungsprinzipien: von beidem ist oben gehandelt worden (§§ 47, 64).

Zweiter Abschnitt

Friedensordnung — § 66.

I. Gründe für die Notwendigkeit. 1. Beruhend auf Eigenart des Menschengeschlechts. 2. Schwierigkeiten, auch wo das Recht sonnenklar. 3. Ungleichheit der Machtstellung und -mittel. II. Inhalt und Einrichtungen. 1. Inhalt: Verschiebung nur durch höhere Autorität. 2. Einrichtungen: Besitz, Rechtsgang, Asylrecht. III. Religiöse Grundlagen.

I. 1. Neben der Rechtsordnung ist die Friedensordnung unentbehrlich. Als Begleiterin der Rechtsordnung ist sie eine Notwendigkeit, beruhend auf der Eigenart unseres Geschlechts, seiner blinden Leidenschaftlichkeit und seiner Unvollkommenheit der Erkenntnis. Wäre der Einblick in den vorhandenen Rechtsstand stets klar und sicher, so könnte man den Mitgliedern der Menschheit viel eher gestatten, sich ihr Recht selbst zu suchen und zu verschaffen. Aber bei den Irrtümern und der Unkenntnis der Menge und bei der Schwierigkeit der Lösung vieler rechtlicher Probleme ist es auf die Dauer unmöglich, die Rechtsverfolgung dem Einzelnen zu überlassen.

Da Rechtsanschauungen und Rechtsauffassungen so verschieden sind, so würden hier unlösbare Gegensätze zusammenprallen, und anstatt einer Ausgleichung gäbe es nur eine Vergewaltigung, einen Sieg des Stärkeren, ohne daß der Eine oder Andere sich als rechtlich besiegt zu erklären hätte. Die blinde Leidenschaftlichkeit des Menschen aber bewirkt es, daß die Rechtsbestrebungen sehr häufig verdunkelt werden durch die Nacht des Unrechts, und daß die Einzelnen ihre Vorteile zu erreichen, d. h. ihre Leidenschaften zu befriedigen suchen, ohne sich an das Recht zu kehren.

2. So kommt es, daß auch in Fällen, wo das Recht sonnenklar ist, seine Verfolgung Schwierigkeiten bietet, so daß bald der Schuldner in der hartnäckigsten Art der Rechtsverfolgung widerstrebt, bald auch Leute sich als berechtigt aufspielen, denen nicht das geringste Recht zu Gebote steht.

Dann wird die Rechtsverfolgung zur rauhen Gewalttat, und unter der Maske des Rechts wird das Unrecht geübt; die Rechtsverfolgung wird zur Heuchelei, unter der sich die schlimmste Niedertracht birgt.

3. Dazu kommt nun im Laufe der Zeit die große Ungleichheit in der Machtstellung und in den Machtmitteln.

Der eine hat eine Fülle von Hilfskräften auf seiner Seite, der andere steht allein. Hier werden natürlich die schlimmen Folgen, die aus den oben er-

wähnten menschlichen Eigenschaften entspringen, in doppeltem und dreifachem Maße hervortreten. Der, welcher Recht hat, wird sein Recht gegen den Mächtigen nicht durchführen können, weil dieser in der Lage ist, seiner blinden Gegenleidenschaft vollständig die Zügel schießen zu lassen, und dieser selbst wäre versucht, unter der Maske des Rechts die Kleinen und Schwachen, die ihm im Wege stehen, willkürlich zu vergewaltigen.

II. 1. Daher kann die Rechtsordnung allein nicht ausreichen; die Friedensordnung muß hinzutreten mit folgendem Machtspruch: der Stand, in welchem sich die Gesellschaft mit ihren Interessen befindet, darf nicht durch Eigenmacht verschoben werden, auch dann nicht, wenn er dem Rechte zuwider ist; wenn er verschoben werden soll, so muß die Verschiebung durch eine höhere Autorität stattfinden, die jeden Widerstand überwältigen kann und der man eine leidenschaftslose Prüfung der Sache und eine tiefere Einsicht in das Recht zuschreiben kann.

2. Zwei Einrichtungen sind es, die auf solche Weise aus dem Friedensbedürfnis hervorgegangen sind. Einmal der Besitz in Verbindung mit den Einrichtungen der Notwehr zum Schutze der Person und ihrer Interessen und zweitens der Rechtsgang (Zivilprozeß, § 157 ff.) als Mittel zur Verwirklichung des Rechts und zur Schlichtung von Streitigkeiten.

Noch ein anderes Institut der Friedensordnung ist lange Zeit sehr wichtig, obgleich es später an Bedeutung verliert. Es ist das Asylrecht, welches die Blutrache hemmt und auf solche Weise dem staatlichen Strafensystem zustrebt (§§ 175, 178). Die Erweiterung des Asyls ist nichts Anderes als die vollständige Aufhebung der Blutrache, und insofern klingt der Asylgedanke bis in die spätere Zeit noch nach: während früher die Blutrache örtlich, zeitlich oder auch persönlich beschränkt war, so ist sie nunmehr vollkommen aufgehoben; denn jeder Ort und jede Zeit und alle Umstände sind Asyl und widerstreben ihrer Ausübung.

III. Der Asylgedanke ist religiösen Ursprungs, und ebenso ist die ganze Idee der Friedensordnung auf eine tiefreligiöse Anschauung zurückzuführen. Die menschliche Leidenschaftlichkeit kennt höchstens Erschöpfung, den Frieden hat der Menschheit nur die Religion gebracht.

B. Besonderer Teil



Erstes Buch

Recht der Einzelpersonen

Erster Abschnitt

Rechte außerhalb der Vermögenskultur[99])

Erstes Kapitel

Persönlichkeitsrecht

I. Bedeutung des Persönlichkeitsrechts. Betätigungen der Persönlichkeit. Juristische Personen. — § 67.

I. Bedeutung und Objekt des Persönlichkeitsrechts. II. Betätigungen der Persönlichkeit. 1. Allgemeines, Befugnisse. 2. Betätigungen gegenüber dem Staate. Art der Betätigung: Rechtshandlungen, Unrechtshandlungen, neutrales Tun. III. Persönlichkeitsrecht bei juristischen Personen.

I. Das Recht an der eigenen Person oder Persönlichkeitsrecht muß der Ausgangspunkt einer jeden Rechtsordnung sein; denn jedes Recht bedarf eines Rechtssubjekts, und wer Rechtssubjekt ist, muß als Persönlichkeit den Schutz des Rechts finden. Das gilt von physischen Persönlichkeiten wie von juristischen. Und wer daher die Persönlichkeit hindern will, sich in dem durch das Recht gestatteten Gebiete zu betätigen, der greift in das Persönlichkeitsrecht ein und muß zurückgewiesen werden. Das Objekt des Persönlichkeitsrechtes ist, wie in § 52 bemerkt, die eigene Person, welche also Subjekt und Objekt zugleich ist.

II. 1. Dieses Persönlichkeitsrecht äußert sich insbesondere auch in den Betätigungen der Persönlichkeit im Recht und außerhalb des Rechts: die Persönlichkeit darf sich betätigen, d. h. ihren Willen zur Geltung bringen und sich in ihrer Bedeutung der Welt gegenüber äußern.

---

[99]) Über Einteilung in Rechte außerhalb (Persönlichkeitsrecht, Familienrecht) und innerhalb der Vermögenskultur (Schuldrecht, Erbrecht) vgl. § 52.

Die Kultur kann nur gedeihen, wenn die Persönlichkeiten sich auszuleben vermögen und in der Lage sind, die ganze Fülle ihrer Willenskraft zur Wirksamkeit zu bringen. Man spricht davon, daß die Persönlichkeit die Befugnis habe, Geschäfte abzuschließen, Testamente zu machen, daß sie aber auch die Befugnis habe, zu gehen, zu reiten oder immaterielle Werte zu schaffen: dies sind aber keine besonderen Rechte, sondern es sind Persönlichkeitsbefugnisse, und wer eine Person daran ohne Genehmigung des Rechts hindern will, der greift eben in das Persönlichkeitsrecht ein.

2. Dahin gehört auch die Betätigung der Person gegenüber dem Staate, sei es im Prozesse (§ 165) sei es in der Verwaltung, sei es in ihrer Organschaftsstellung (§ 127): alles das sind Befugnisse, die aus dem Persönlichkeitsrecht hervorgehen und die solange bestehen, als es ein Grundsatz ist, daß die Persönlichkeit sich entwickeln darf. Diese Zusammenfassung, namentlich der öffentlichrechtlichen Betätigungen der Person und ihres politischen Lebens in dem einen Persönlichkeitsrecht, ist der Schlüssel für die ganze Auffassung der subjektiven politischen Rechte. Jede Art, die politischen Rechte in anderer Weise zu begründen, ist eine Verkehrtheit. Dazu kommt allerdings noch die weitere Betrachtungsweise, daß der Einzelne als Organ des Gesamten tätig ist, wovon in § 144 zu sprechen sein wird.

Auf diese Weise haben insbesondere die öffentlichrechtlichen Betätigungen der Person einen Rückhalt an dem Persönlichkeitsrecht: sie sind die Entfaltung der in dem Persönlichkeitsrecht liegenden Befugnisse und haben darin ihre einheitliche Quelle. Eine Zersplitterung und Zerspaltung in lauter Einzelrechte ist verkehrt und widerstrebt dem Grundgedanken des Rechts, daß die Persönlichkeit mit ihren Einzelbefugnissen eine Einheit bildet und sich als Kulturwesen nach den verschiedensten Richtungen hin zur Geltung bringen soll.

3. Die Betätigung der Persönlichkeit kann entweder durch Rechtshandlungen geschehen oder durch Unrechtshandlungen oder auch durch neutrales Tun.

III. Auch bei den juristischen Personen (§ 51) gibt es ein Persönlichkeitsrecht, aber hier noch nach einer weiteren Richtung hin. Glieder der juristischen Person sind die mit ihr verbundenen Einzelwesen, und diese Einzelwesen haben teils Rechte an den Einkünften, teils aber auch Rechte an der Verwaltung und Betätigung der juristischen Person. Die ersteren Rechte gehören den Wertrechten an (§ 55); die letzteren Rechte sind die sogenannten Organschaftsrechte, d. h. Befugnisse, welche dem Einzelwesen zustehen, um an der Leitung und überhaupt an den Lebensäußerungen der juristischen Person mitzuwirken. Diese Organschaftsrechte sind Persönlichkeitsrechte, welche, von der juristischen Person abgeleitet, dem Einzelwesen zugeteilt sind und ihm zustehen, solange es in der bestimmten Beziehung zur juristischen Person steht [100].

---

[100]) Näheres über diesen Punkt Lehrb. des bürgerl. R. Allgemeiner Teil S. 339 f.

II. Rechtshandlungen: Geschäftsfähigkeit, Zusammenwirken von Wille und Recht. — § 68.

I. Geschäftsfähigkeit. II. Wille und Recht: 1. Allgemeines. 2. Leitsätze: a) Keine Unterschätzung des Willens. b) Gesellschaftliches Element. Verkehrsgeschäfte. c) Guter Glaube. d) Folgerungen der Rechtsordnung. 3. Frühere Anschauungen.

I. Bei den Rechtshandlungen ist wesentlich, daß die Person als Dienerin der Rechtsordnung dahin strebt, irgendeine Änderung in der Lage der Dinge herbeizuführen. Für diese Rechtshandlungen ist charakteristisch, daß sie eine bestimmte Reife der Persönlichkeit verlangen, weshalb man zwischen geschäftsfähigen und nicht geschäftsfähigen Personen unterscheidet; auch das Mittelding, die Geschäftsbeschränkung, kommt vor (§ 51).

II. 1. Außerdem ist diesen Rechtshandlungen das gemeinsam, daß der menschliche Wille und das Recht zusammenwirken, indem auf der einen Seite der menschliche Wille die Lenkung gibt und auf der anderen Seite das Recht die nähere Ausbildung dessen bewirkt, was auf Grund dieses Willens in der Rechtsordnung entstehen soll. Diese Verbindung von menschlichem Willen und Recht ist nicht nur die Eigenart, sondern auch das besonders Interessante dieser Rechtshandlungen. Der Wille ist natürlich hier nicht als innerer Wille aufzufassen, sondern als der in der Außenwelt betätigte Wille. Die Rechtsordnung aber bewirkt diejenigen Folgen, welche als besonders geeignet erscheinen, um auf der einen Seite der Freiheit der menschlichen Entschließung und auf der anderen Seite dem Wohle der Gesamtheit zu dienen.

2. Von besonderer Bedeutung hierbei sind folgende Leitsätze:

a) Der Wille des Menschen darf nicht unterschätzt werden; denn nur wenn ihm eine bedeutende Macht im Rechte zukommt, kann die Persönlichkeit sich entfalten und kann durch die Entwickelung der einzelnen Persönlichkeit die Fülle der Menschheitskräfte zur Geltung kommen.

b) Es muß dabei aber auch das gesellschaftliche Element berücksichtigt werden, vor allem bei denjenigen Geschäften, welche als Verkehrsgeschäfte mitten im Leben stehen und in die Vielheit der Lebensinteressen eingreifen.

Wenn hier durch ein und dasselbe Geschäft nicht nur eine, sondern mehrere Personen beeinflußt werden, so ist es regelmäßig geboten, daß nicht nur der Einzelwille in Betracht kommt, sondern vor allem das Verständnis, welches die Willenserklärung im Verkehr findet; denn der Verkehr hat Anspruch darauf, daß, wer daran teilnimmt, sich dem Verkehr fügt, und daß seine Erklärungen im verkehrsgemäßen Sinn verstanden werden.

c) Der gute Glaube muß in allen Beziehungen gewahrt werden; d. h. man muß die Verkehrserklärung so deuten, wie Er-

klärungen eines redlichen Menschen ohne Rückhaltigkeit im Verkehr verstanden zu werden pflegen.

Man muß insbesondere annehmen, daß, wenn jemand etwas gestattet, er damit alles Weitere gestattet, was nötig ist, um das Gestattete auszuführen, und man muß sich darauf verlassen können, daß, wer etwas zusichert, dem anderen keine Hemmnisse in den Weg legt, falls dieser die zugesicherten Vorteile genießen will; man muß vor allem darauf vertrauen, daß, wenn jemand ein Versprechen gibt, er nicht auf Umwegen und Schleichgängen den Erfolg des Versprechens zu vereiteln sucht.

d) Im übrigen steht es der Rechtsordnung frei, diejenigen rechtlichen Folgerungen an die Rechtshandlung anzuknüpfen, welche ihr gut scheinen, ohne daß sie sklavisch an das Wollen und Meinen der Parteien gebunden ist; vor allem kann sie dahin streben, gewisse Folgen zu fördern, andere zu hindern, und eine solche Lage des Rechtslebens herbeizuführen, wodurch alle Interessen möglichst versöhnt werden. Unentbehrlich ist vor allem auch, daß die Rechtsordnung die Rechtsfolgen regelt, an welche die Parteien nicht denken und vielfach nicht denken können, weil sie außerhalb ihres Gesichtskreises liegen.

3. Man hat in früheren Zeiten nicht verstanden, daß die Rechtsordnung ein verwickeltes Gebilde ist, bei welchem die verschiedensten Elemente zur Geltung kommen müssen, und man hat früher hier, wie auch sonst, gemeint, mit einem einzelnen Satze eine ganze Fülle von Kulturerscheinungen beherrschen zu können. Man glaubte den Kanon aufstellen zu dürfen, daß an das Rechtsgeschäft sich diejenigen Folgen knüpfen, welche die Parteien gewollt haben; man betrachtete diesen Rechtsfolgewillen als den kausalen Grund der Rechtsfolgen! Dies war noch Windscheidsche Schule. Es zeigt, in welchem verzweifelten Zustande die frühere Jurisprudenz war: vergleichbar einer Technik, welche mit Sanduhren arbeitete, während wir unsere Chronometer haben. Darum hat man vor vierzig Jahren meine Aufstellungen bekämpft und bemängelt, während heutzutage niemand mehr an den veralteten Theorien festhalten wird.

III. Vernichtetes und vermindertes Persönlichkeitsrecht

1. Sklaverei. — **§ 69.**

I. Bedeutung. 1. Zeichen des Fortschritts. 2. Bedeutung für Landwirtschaft und Industrie. 3. Arbeitsteilung. II. Religiöse Bedeutung. III. Geschichtliche Würdigung.

I. 1. Die Sklaverei ist nicht etwa ein Zeichen der Unbildung einer Kultur, sondern ein Zeichen erheblichen wirtschaftlichen Fortschritts; denn in Zeiten, in welchen die Wirtschaft eine geringfügige ist, hat man kein Bedürfnis nach Sklaven: die Wirtschaft beschränkt sich auf den Bedarf der Familie, und eine Hinzuziehung von Dienstpersonen könnte nur die Familiensorgen vermehren und den Anteil der Familiengenossen an den dürftigen Wirtschaftserträgnissen vermindern.

2. Erst wenn eine entwickeltere, weitschauende Landwirtschaft oder Industrie besteht, gibt es Verwendung für

Sklaven, welche man, sei es im Ackerbau, sei es in der Technik, beschäftigt.

Dann tritt aber auch das Bedürfnis der Sklaverei sò stark hervor, daß man alles daransetzen wird, um auf solche Weise die Arbeitskräfte zu vermehren. Jetzt wird man Kriege führen, um Sklaven zu erbeuten; man wird zu diesem Zwecke Raubzüge veranstalten oder man wird Menschen einer bestimmten Klasse scharf anfassen und durch lauter Plagen und wirtschaftliche Mißhelligkeiten so lange herunterdrücken, bis sie zu Sklaven werden, Sklavengehorsam leisten und Sklavendienste verrichten.

3. Vor dem Aufkommen der Technik, namentlich der Gewerbetechnik, war die Sklaverei das einzige Mittel, um eine großartige Arbeitsteilung in einem einheitlichen Betriebe zu ermöglichen. (§§ 64, 99).

Derartige Arbeiten verlangen eine scharfe Unterordnung, ein anstrengendes, angespanntes Tun, eine Menge von Betätigungen, die dem Arbeiter widerwillig sind, eine unbedingte Zucht und Ordnung, wie sie in jenen Zeiten unter freien Personen unmöglich war. Schon die Ruderer auf den Ruderbänken konnten kaum auf die Dauer freie Personen sein; und gar überall, wo Massenarbeit in Szene gesetzt wurde, konnte man der Sklaven nicht entbehren, da es an den Maschinen vollständig gebrach (§§ 18, 85, 108).

II. Allerdings hat die Sklaverei noch eine andere, religiöse Bedeutung: das Menschenopfer ist meistens ein Menschenopfer der Sklaven. Man hat insbesondere Sklaven zu dem Zwecke, um sie beliebig den Göttern, den Geistern hinzuschlachten oder, wenn man ein Haus baute, sie einzumauern oder, bevor man ein Feld bestellt, sie den Feldgöttern darbringen zu können.

III. Niemand wird darum die Sklaverei in ihrer geschichtlichen Entwickelung würdigen können, wenn er sich einfach auf den Standpunkt unserer Zeit oder auf den Standpunkt der Lehre von den Menschenrechten (§ 143) stellt. Die Menschenrechte passen nicht für jede Entwickelung: die Technik muß sich weiterbilden, die Menschheit muß Fortschritte im Gewerbsleben machen, und das geschieht jahrhundertelang unter Aufopferung des Menschenlebens. Das Opfer an die Kultur ist das heiligste Opfer, das der Einzelne bringen kann, das er aber auch bringen muß.

2. Hörigkeit. — **§ 70.**

I. Übergang von der Sklaverei. 1. Pfandlingschaft. 2. Pekulium. 3. Erleichterungen: a) Loskauf; b) Beihälterin; c) Familienleben; d) Haussklaven; e) Politische Rolle; f) Wechsel des Herrn. II. Übergang zur Freiheit. Adel der Arbeit. Aristoteles.

I. Die Sklaverei kann in eine Halbsklaverei oder Hörigkeit übergehen:

1. Eine Art der Hörigkeit ist die Pfandlingschaft, indem der Schuldner seine Schuld abverdient; da er nur zeitweiliger Sklave ist, so ist sein Los gemildert: er ist dienstpflichtig, aber nicht rechtlos.

2. Aber auch sonst kommt man zur Erfahrung, daß der Sklave mehr leisten wird, wenn man sein Interesse beteiligt und ihm ein „Pekulium“ läßt, das ihm zur Wirtschaft oder auch zum Eigentum oder Halbeigentum zukommen soll; so beim Ackerbau, wo man den Sklaven auf seinem Gütchen sitzen läßt, so vor allem in Handel und Gewerbe: dem Herrn hat er dann einen bestimmten jährlichen Nutzen zu entrichten (§ 54).

3. Verschiedene Umstände erleichtern die Stellung des Sklaven:

a) Es entwickelt sich die Möglichkeit des Loskaufs. Sobald der Sklave als Kapital erscheint, welches in seinen Jahresabgaben eine Verzinsung darstellt, ist es ein naheliegender Gedanke, daß der Sklave sich beim Herrn durch ein Geldkapital ersetzen kann: die Loskaufsumme.

b) Die Sklavin ist vielfach die Beihälterin des Herrn; sie und ihre Nachkommenschaft erlangen dadurch eine bessere Stellung; der Umfang des Geschlechts ist hier wie sonst mit einer starken seelischen Beeinflussung verknüpft: der Herr will nicht, daß seine Geliebte nach seinem Tode als Sklavin einem andern zukomme: sie wird nach seinem Tode frei, ihre Nachkommen werden, wenn nicht frei, so doch halbfrei.

c) Man läßt den Sklaven Frau und Kinder, und es entwickelt sich auch bei ihnen ein Familienleben: die Familie soll nicht getrennt, es soll nicht in ihren Kreis eingegriffen werden.

d) Die Haussklaven werden ein Teil des Hauses und wissen sich hier durch kleine und große Vertraulichkeiten und Vertrauensdienste unentbehrlich zu machen; man ist vielfach ihrer Verläßlichkeit und ihrer Verschwiegenheit preisgegeben.

e) Die Sklaven wissen sogar eine politische Rolle zu spielen, sie leiten die wichtigsten, verantwortungsvollsten Geschäfte und erlangen dadurch eine feste, unangreifbare Stellung.

f) Dazu kommt das bondo- oder tombika-Recht, d. h. die Befugnis des Sklaven, seinen Herrn zu wechseln, wenn er ihm nicht gefällt; eine Einrichtung, die anderwärts besprochen wurde[101]).

II. Mit der Halbsklaverei ist das Signal gegeben: Die Sklaven werden grundsätzlich frei, und die ihnen aufliegenden Dienste nehmen ein andersgeartetes Wesen an; sie sind nicht mehr getragen durch den Gedanken der Unfreiheit, sondern sie sind Auflagen, welche den Sklavenstand belasten, und gegen die sich allmählich das Standesbewußtsein aufbäumt. An Stelle der landwirtschaftlichen Sklaven treten die freien Bauern, an Stelle der Handwerkssklaven die technischen Arbeiter — mit dem Wegfall ihrer besonderen Abgaben werden sie dem Bürgerstande zugesellt. Jetzt wird die Arbeit geadelt (§ 108).

Zu dieser Wertschätzung der Arbeit ist das Altertum nur ausnahmsweise gelangt; dies zeigt insbesondere die „Politik" des Aristoteles, der übrigens die ganze Sklavenfrage geschichtlich tief erfaßt hat (§ 20). Wir müssen dem alten Denker allerdings entgegenhalten, daß auch die körperliche Arbeit, namentlich wenn sie mit Sorgfalt, Aufmerksamkeit, Geschicklichkeit gepaart ist, und wenn eine seelische Beteiligung an dem Arbeitserfolge stattfindet, so daß der Arbeiter mit Herz und Hand dabei ist, durchaus nicht ohne jeden Adel und jede Erhabenheit bleibt. Deshalb ist es von unserem Standpunkte aus unrichtig, zu sagen, daß Personen leiblicher Arbeit einfach rechtlos sein müßten, so daß sie nur als Organe und Werkzeuge des Arbeitsherrn betrachtet werden könnten.

IV. Der Adel als gesteigertes Persönlichkeitsrecht. — § 71.

I. Entstehung: Überwindung einer fremden Bevölkerung, Königtum, Priestertum, Besitz, Ebenbürtigkeit. II. Daseinsberechtigung. III. 1. Vergleichheitlichung. 2. Ebenbürtigkeit des hohen Adels.

I. Unter Adel versteht man eine begünstigte Klasse der

---

[101]) Orientalisches Recht S. 26.

Bevölkerung, begünstigt teils in der staatsrechtlichen, teils in der bürgerrechtlichen Stellung, begünstigt auch durch manche Ehrenrechte und manche Zusammenhänge und Verbindungen, welche ihr Vorteil bringen. Ein solcher Adel hat sich in verschiedener Weise herausgebildet, am meisten dadurch, daß eine Bevölkerung die andere überwand und deswegen die einheimische Menge als eine niedere Klasse von Menschen behandelte. Aber auch das Königtum und das Priestertum sind vielfach Quellen des Adelsstandes gewesen: das Königtum entweder in der Art, daß die Verwandten des königlichen Hauses zum Adel erhoben wurden, oder in der Art, daß der Königsdienst zum Adel führte; das Priestertum deswegen, weil die Priester ursprünglich als Personen mit besonderen vergeistigten Begabungen angesehen wurden: sie bildeten darum einen Adel eigener Art, und dieser Adel pflanzte sich fort, da man annahm, daß die priesterliche Begabung vererblich sei. Vielfach wird auch der Besitz adeln, namentlich großer Grundbesitz, und mitunter ist es so, daß ein bestimmtes Grundstück den Adel mit sich führt und dem Besitzer eine hervorragende Stellung gibt[102]). Die Bevorrechtigten des Adels werden noch dadurch auf eine besondere Höhe gehoben, daß für die Verehelichung eine bestimmte Eheschranke gilt, indem der Adlige sich nur mit einer Adligen ebenbürtig verheiraten kann.

II. Der Adel hat so lange eine Daseinsberechtigung, als er dem Fortschritt der Kultur dient. Bilden die Adligen eine höhere Rasse, wie z. B. die arischen Hindus gegenüber der einheimischen Bevölkerung, dann ist nicht nur eine bevorzugte Stelle gerechtfertigt, sondern es ist auch ein richtiger Grundsatz, die Vermischung, die sonst zur bedeutenden Verschlechterung der Rasse führen würde, möglichst zu vermeiden. Außerdem wird der Adel vielfach durch Standesbewußtsein, durch Vermögen, durch Beziehungen zu den Regierungen des In- und Auslandes die Möglichkeit haben, die Dinge des Lebens von einer höheren Warte zu beobachten.

Fühlt sich nun der Adel verpflichtet, kraft seiner bevorzugten Stellung dem Staate ganz besonders zu dienen und Tüchtiges zu leisten, dann zeigt er damit selber, daß er ein Träger der Kulturordnung und hierdurch gerechtfertigt ist; denn er muß, wie jeder Stand, sich durch ständige Leistungen bewähren.

III. 1. Allmählich wird auch hier eine Vergleichheitlichung der Stände eintreten; das bessere Bürgertum wird in Lebenshaltung, Vermögen und Einsicht dem Adel nicht nachstehen, und so kann es kommen, daß der ganze Standesunterschied der Wirklichkeit des Lebens entbehrt und nur noch künstlich aufrecht erhalten wird.

---

[102]) Vgl. für Afrika Z. vgl. R. XXXIV S. 271, 276.

2. Ein Punkt kann in Betracht kommen: Nimmt man die Mitglieder der Fürstenhäuser als einen höheren Adel an, so kann es sich rechtfertigen, die Eheschließung unter ihnen als allein standesgemäß und ebenbürtig zu betrachten.

Einmal ist es den Interessen des Landes gemäß, wenn auf solche Weise die Staaten aneinander gekettet werden, auf der anderen Seite kann der ständige Verkehr in höheren Stellungen den Persönlichkeiten einen gewissen weiteren Gesichtskreis verleihen und es bewirken, daß sie zum Herrschen besser geeignet sind als andere. Dazu kommt noch, daß, wie die Verehelichung im Kreise der Fürstenhäuser vorteilhaft ist, die Verbindung mit sonstigen Familien möglicherweise großen Schaden anrichten kann, indem Familien aus dem Volke in einer Weise in die Regierung hineingeraten, welche den sachlichen Interessen der Herrschaft und der allseitigen Volkspflege nicht entspricht, wie z. B., wenn eine Kapitalistentochter Königin würde: das könnte zu ungerechter Bevorteilung Einzelner und zum schweren Schaden des Landes gereichen. Darin liegt die Begründung des Unterschieds zwischen hohem Adel und niederem Adel und die Begründung des Satzes, daß, wenn noch heutzutage Ebenbürtigkeitsgesetze bestehen, sie nur für den hohen Adel überhaupt passen, so daß eine Ebenbürtigkeit des niederen Adels völlig ungerechtfertigt ist [102a]. Dieses hat unser unphilosophisches Zeitalter, wie so vieles Andere, nicht erfaßt und Entscheidungen gegeben, die zeigen, daß man unter lauter untergeordneten Kleinigkeiten den Geist der Geschichte verkennt.

Zweites Kapitel

Familienrecht

I. Ehe

1. Bedeutung der Fortpflanzung. Wesen der Ehe. Mutterliebe. — § 72.

I. Bedeutung der Fortpflanzung. II. Wesen der Ehe. III. Mutterliebe.

I. Die Fortpflanzung der Menschheit ist natürlich die erste Voraussetzung für die Entwickelung der menschlichen Kultur, und zwar die Fortpflanzung in gesteigertem Maße: denn die Kultur verlangt eine Vielheit von Kräften, und die Talente, welche aus der Masse hervorragen, können nur entstehen aus einem weiten Untergrund der Bevölkerung.

Darum hat auch die Natur den Fortpflanzungstrieb in einer so mächtigen Weise in die Menschheit gelegt, daß man ihn als den stärksten und unwiderstehlichsten Trieb bezeichnen kann (§ 35). Die Rechtseinrichtungen, welche die menschliche Fortpflanzung regeln und auf solche Weise die Fortdauer des Menschengeschlechts wahren sollen, sind daher von der allergrößten Bedeutung, ja man kann sie als die wichtigsten der Menschheit erklären. Die Fortpflanzungstätigkeit der Menschen ist aber, ganz der menschlichen Natur entsprechend, mit einem ungeheuren Aufwande von seelischen Erregungen, von Gefühlen, Bestrebungen, Freud und Leid verbunden und trägt damit eine ungemeine Fülle von Idealitäten an sich, welche bei den Beziehungen, die sich

---

[102a]) Vgl. Arch. f. öffentl. R. 18, S. 135 ff.

um die Fortpflanzung herumlagern, zur herrlichsten Entwickelung gelangen können. Eine jede Behandlung der Fortpflanzungseinrichtungen, welche diese Geistigkeiten nicht hegt und fördert, ist verfehlt, und noch mehr, für die Menschheit erniedrigend.

II. 1. Die Einrichtung aber, deren Zweck darin besteht, der Fortpflanzung und damit allen seelischen Regungen und Idealitäten zu dienen, welche die Fortpflanzung umgeben, ist die Ehe.

Es ist deswegen nichts empörender, als wenn seinerzeit das Naturrecht des 17. und 18. Jahrhunderts die Ehe in der Art eines Züchtungsinstitutes behandelte und es als das allein Bedeutsame erklärte, daß die Menschheit in entsprechender Weise fortgepflanzt und die Aufziehung der Fortpflanzungsergebnisse gesichert werde. Noch scheußlicher ist die Anschauung Kants, welcher die Ehe als eine Miete der Geschlechtsteile ansieht — eine Roheit, welche für alle Zeiten einen Flecken der deutschen Wissenschaft bildet[103]).

2. Die seelischen Regungen, welche sich um die Fortpflanzung bewegen und mit dem Organismus des Geschlechtsaktes zusammenhängend sich im ständigen Lebensverkehr veredeln und verfeinern, sind Gefühle der höchsten Zuneigung und Gefühle der größten Opferwilligkeit, worin ein jeder sich seines Ichseins entledigt und dem geliebten Wesen alles sein will, sich also vollkommen dem Wohle des Anderen widmet. Diese Zuneigung führt zu einem gegenseitigen Sichineinanderleben, worin der eine Teil den andern zu verstehen und ihm das Beste, was er in sich trägt, zu widmen sucht; so daß also zwei Seelen wie zu einer werden und ein Jedes in dem Anderen seine notwendige Ergänzung findet. Hierdurch erlangt natürlich die Kulturbestrebung eine ungemeine Kraft und die Persönlichkeit nach allen Seiten hin eine gewaltige Steigerung.

III. Auf solche Weise können die Rechtseinrichtungen der Fortpflanzung schon an sich einerseits mäßigend und beruhigend und anderseits kultursteigernd, geistig anregend, lebenbringend und tätigkeitsfördernd wirken. Sie gewinnen aber noch dadurch einen weiteren Hintergrund, daß die Natur wenigstens die weiblichen Wesen schon von den Urzeiten der Menschheit her, ja schon in den Tagen vor der Menschwerdung, kraft uralten biologischen Gesetzes mit einer natürlichen Liebe zu den Kindern ausgestattet hat, die ihnen wie ein Teil ihres Selbst erscheinen und in deren Entwickelung die Mutter die ursprünglichen Regungen ihres Seelenlebens und die längst vergangenen Erinnerungen ihres eigenen jugendlichen Daseins wiederfindet.

Auch nach dieser Richtung hin können diese Institute zu einem Quell reinster Freude werden, sie können zur Idealität und zur Opferwilligkeit führen, wodurch nicht nur der Fortbestand der Menschheit gesichert, sondern auch die möglichste Ausbildung der Kräfte gewährleistet wird[104]).

---

[103]) Hierüber meine Darstellung in Mann und Weib II, S. *272* f. Schon Schopenhauer war über Kants Ethik sehr ungehalten. Vgl. auch neuerdings A. Eulenburg in Z. f. Sexualwissenschaft II S. *323*. Hegel hat schon in seinen Jugendschriften, dann in der Phänomenologie und später, der Kantschen Ethik den Fehdehandschuh hingeworfen, vgl. Ziegler, Arch. f. Rechtsph. VI S. 90.

[104]) Recht und Persönlichkeit S. 3.

2. Entwickelung und Gestaltung der Ehe. — a) Gruppenehe. — **§ 73.**

I. Allgemeines. II. Vielmännerei. III. Vielweiberei.

I. Die Ehe war ursprünglich Gruppenehe, indem die Menschheit in ihrer gemeingestaltenden Weise die Fortpflanzung gruppenweise vollzog, so daß eine Reihe von Männern eine Reihe von Frauen zusammen heiratete: die Männer waren gemeinsam und die Frauen gemeinsam.

Dieser Nachweis wurde anderwärts erbracht [104a]; wenn man sich dagegen auf die Geschlechtsverhältnisse von anthropoiden Affen und dergleichen berufen hat, welche in kleinen Gesellschaften zusammenleben, so muß entgegengehalten werden, daß es gerade die Eigenheit des Menschen ist, in größeren Verbänden zu streben und zu wirken, und dem entsprach in früherer Zeit nicht die Einzelehe, sondern die Gruppenehe [105].

II. Die Gruppenehe kann zur Vielmännerei (Polyandrie) werden, einer Eheform, die sich noch bei einer großen Reihe von Völkern findet, insbesondere in der Art, daß mehrere Brüder zusammen nur eine Frau haben.

Dies hat manche seelische Vorzüge, aber vor allem den schweren Nachteil, die Bevölkerung zu vermindern; insbesondere wenn es mit dem häufigen Mädchenmorde verbunden ist, wodurch sich allein die folgerichtige Durchführung einer solchen Einrichtung erklären läßt.

III. Viel häufiger ist in den späteren Zeiten die Vielweiberei (Polygynie oder auch Polygamie genannt), welche sich mit dem Aufkommen der Raub- und Kaufehe von selber ergibt.

Was man sich auf solche Weise erbeutet oder erwirbt, das betrachtet man als sein; nur scheitert die Vielweiberei vielfach an der Kostspieligkeit und kann darum auch bei den Völkern, welche sie zulassen, in der Wirklichkeit immer nur als Ausnahme, nie als Regel, gelten.

b) Einehe. — **§ 74.**

I. 1. Bedeutung. 2. Überspannung: Witwenopfer. 3. Weitere Ehe. II. Exogamie und Eheverbote. 1. Exogamie. 2. Eheverbote. 3. Gründe dafür.

I. 1. Die heutigen Kulturvölker sind scharf getrennt als Völker der christlichen und als Völker der islamischen Kultur. Während die Islamkultur die Vielweiberei beibehalten hat, so sind alle christlichen Völker zur Einehe oder Monogamie gelangt und haben diese Einrichtung als einen so wesentlichen Bestandteil ihrer Kulturordnung erkannt, daß sie die Doppelehe zu einem großen, schweren Verbrechen stempelten [106]. Der Kulturgedanke ist der, daß ein gegenseitiges seelisches Ineinanderleben nur möglich

---

[104a] „Zur Urgeschichte der Ehe; Totemismus, Gruppenehe, Mutterrecht" Z. Vgl. R. 12, 187 ff., auch selbständig (1897).

[105] Orientalisches Recht S. 7, Enzykl. 2. Aufl. I S. 26.

[106] Gegenwärtig sind auch im Islam Bestrebungen mächtig, welche der Polygamie entgegenwirken.

ist bei der Selbstbeschränkung zweier Einzelwesen, und daß eine Vielheit von Ehegenossen von selber zu den häßlichsten Leidenschaften, zu einem die Ehe vergiftenden Ichbestreben und zu ständigen Eifersüchteleien, Nachstellungen und Beeinträchtigungen führen muß, sofern nicht etwa die Frauen vollkommen versklavt und infolgedessen seelisch minderwertig und ohne Eigenbestreben sind, was ebenfalls ein für die Entwickelung äußerst verderblicher Zustand ist; denn es ist ein Grundschaden der Menschheit, wenn ihr die durchgeistigte Kulturarbeit des Weibes fehlt[107]).

2. Eine hohe Idealität beseelte die Völker, als sie zu der Auffassung gelangten, daß die Einehe Lebens- und Todesehe sein müsse, in der Art, daß der überlebende Ehegatte dem toten auch über das Grab hinaus treu bleiben müsse . . .

> . . . wir fahren zum Leben zum Tode,
> Uns lockt ein einsames Bild.

Das hat vielfach zu dem Witwenopfer geführt, indem die Witwe dem Verstorbenen in das Grab nachfolgte. Diesen hochgespannten Idealismus aber hat man aufgegeben; denn er ist ein Opfer der Zukunft an die Gegenwart und steht im Widerspruch zu der menschlichen Natur, welche der Macht der Zeit in hohem Maße unterliegt, so daß selbst die idealsten Neigungen mit den Jahren eine bedeutende Abschwächung erfahren, ihre Gegenwartskraft verlieren und in das Gebiet der reizvollen Erinnerung zurücktreten.

3. Darum steht auch vom ethischen Standpunkte einer weiteren Ehe nichts im Wege; sie ist vielfach durch die Lebensumstände geboten und ist dem Hinterbliebenen oftmals eine Stütze im weiteren Leben.

II. 1. Aus dem Gruppenehesystem ist der Grundsatz geblieben, daß die Ehe nicht in derselben Gruppeneinheit, sondern in einer anderen Gruppe zu geschehen hat. Dies ergibt sich folgendermaßen: Ein Mitglied der Gruppe A hat ein Mitglied der Gruppe B zu heiraten; man spricht hier von Exogamie und kann eine negative und eine positive Exogamie unterscheiden; die positive in der Art, daß dem Mann die Gruppe zugewiesen ist, aus der er die Frau zu nehmen hat, die negative in der Art, daß ihm nur die Heirat in der eigenen Gruppe untersagt, die Auswahl in den anderen Gruppen aber seinem freien Belieben unbeschränkt überlassen ist.

2. Aus diesen Zuständen hat sich, als das Gruppenwesen und der Totemismus zerfiel, der Satz erhalten, daß die Ehe nicht in der nächsten Nähe der Verwandtschaft abgeschlossen werden darf, sondern nur in einer bestimmten Entfernung gestattet ist.

---

[107]) Die Entdeckung, daß für die Monogamie kein öffentliches Interesse unseres Kulturlebens spreche, ist Richard Löning (Rede über Wurzel und Wesen des Rechts 1907 S. 13) zu verdanken. Es genügt, diese Entdeckung festzunageln, damit die Folgezeit diese Art von Rechtsphilosophen nicht vergesse.

Dieses System hat sich mehr oder minder in die Kulturzeiten hineinverpflanzt, allerdings in der Art, daß die Gruppe der Personen, welche einander zur Ehe versagt sind, immer mehr zusammenschmolz und auf solche Weise der Kreis der einander zur Ehe gestatteten Personen sich immer mehr erweitern mußte. In bestimmtem Umfange ist aber das Exogamie-System geblieben, so namentlich in der Art, daß die Geschwisterehe und die Ehe zwischen Abkömmlingen und Vorfahren, auch die Ehe unter gewissen Arten von Verschwägerten, verboten blieb.

3. Dieses fortdauernde Eheverbot beruht auf Interessenerwägungen, welche auch für die heutige Zeit zutreffen. Der eine Grund ist ein hygienischer: man nimmt an, daß Ehen zwischen Verwandten nächster Nähe zur Entartung führen oder unfruchtbar bleiben; jedenfalls sollen die Gebrechen und Regelwidrigkeiten in der Körper- und Geistesverfassung einer Familie nicht durch die Ehe im nächsten Kreise gesteigert, sondern durch Heirat aus anderen Kreisen aufgehoben werden. Sodann sollen sich die Familien miteinander verbinden, damit das Gefüge des Staates nicht unter den Reibungen der Geschlechter Not leidet: keine festere Verbindung gibt es aber, als die Verbindung durch die Zwischenehe der Familien. Ein dritter Grund ist ein ethischer. Es soll verhindert werden, daß sich geschlechtliche Leidenschaften im Schoße der Familie selber entwickeln; dies ist aber am besten zu vermeiden, wenn die Geschlechtsverbindung in der Familie selber verabscheut wird, so daß kein normaler Mensch an ein Geschlechtsleben unter Familiengenossen denkt. Die Kultur hat auf solche Weise künstlich einen horror naturalis geschaffen — ein häufiger Vorgang: die Kultur schafft eine zweite Natur; wovon allerdings die frühere Rechtsphilosophie keine Ahnung hatte.

c) Außerehelicher Geschlechtsumgang. — § 75.

Neben der Ehe bestand seit alter Zeit ein allgemeiner, der gewöhnlichen Regel entrückter, Geschlechtsumgang, der bei orientalischen Völkern im Gewerbe der Hierodulen religiös verklärt war (§ 35), auch noch im deutschen Mittelalter auf gewisser Höhe erhalten blieb, aber heutzutage im modernen Dirnenwesen im höchsten Grade entartet und seit dem Aufkommen der geschlechtlichen Erkrankungen zur schweren Gefahr geworden ist — nicht mehr ein Institut des Rechts, sondern nur der Toleranz und der polizeilichen Überwachung[108]).

Eine völlig ungeschichtliche und den Grundsätzen des Seelenlebens widersprechende Vorstellung aber ist es, mit Fichte jeden Ge-

[108]) Recht und Persönlichkeit S. 49.

schlechtsumgang außerhalb der Ehe dem Dirnenumgang gleichzustellen. So sehr auch die Ehe gesellschaftlich über der freien Liebe steht, so unrichtig ist es, der freien Liebe den ethischen Gehalt abzusprechen [109]).

3. Scheidung der Ehe [110]). — § 76.

I. Vorteile der Löslichkeit. II. Schädlichkeit der Scheidungsfreiheit.

I. Eine der wichtigsten Fragen ist die der Unlöslichkeit oder Löslichkeit der Ehe, und auch hier hat ein hochgespannter Idealismus die volle Unauflöslichkeit als Gebot ausgesprochen, vielfach allerdings mit Rücksicht auf den Glauben an eine mystische Seelenvereinigung, die durch den Menschen nicht wieder gelöst werden könne. Indes auch dieser hochgespannte Idealismus hat sich nicht immer erhalten können, und der große Gedanke der unauflöslichen Ehe bricht an der Wirklichkeit des Lebens zusammen; denn so hoch die ideale Bedeutung der Ehe ist, so groß sind die Anforderungen, welche sie an die Ehegatten stellt, und so groß sind die Gefahren, welchen sie ausgesetzt ist infolge der Verschiedenheit der menschlichen Natur und infolge der Unmöglichkeit, gewisse Eigenschaften abzulegen und sich einander völlig anzupassen.

In solchem Falle kann die Ehe nicht etwa bloß zur Qual oder Marter, sondern zum Hemmnis der seelischen Entwickelung werden, und große Talente, bedeutend angelegte Gemüter, können auf diese Weise niedergedrückt werden und verkümmern. Das ist eine furchtbare Gefahr, die man dadurch einigermaßen zu mildern suchte, daß man in einem solchen Falle eine tatsächliche Trennung gestattete — das Mindeste, was man gewähren konnte, um eine ständige Folter und grausame Plage, um die Mühsal täglicher Aufregungen und Quälereien zu vermeiden. Es spricht nun aber kein ethischer Grund dafür, in einem solchen Falle die Ehe aufrecht zu erhalten; abgesehen von der Sorge für die Kinder, welche selber aber bei Fortbestehen einer derartigen Spannung kaum gedeihen können. Daß die Ehe in einem solchen Falle aufgelöst werden kann, ist ein dringendes Kulturbedürfnis.

II. Es ist gefragt worden, ob nicht die Auflösung der Ehe eine Sache freier Vereinbarung beider Ehegatten oder gar eine Sache des freien Beliebens eines jeden sein sollte, so daß die Ehe in die freie Liebe überginge. Dem muß entgegengehalten werden, daß eine derartige Freiheit für den größten Teil der Menschheit schädlich wäre; denn auch sie ist eine Idealität, welche sich an den Unvollkommenheiten der menschlichen Natur bricht.

Die Ehe bringt nicht nur Freuden und Genüsse, sondern auch schwere Pflichten mit sich, die man auf sich nehmen muß, auch wenn man sie im Einzelfalle als Last empfindet. Insbesondere wenn der eine Ehegatte krank und hilfsbedürftig wird, gehört es zu den erhebendsten Aufgaben der Ehe, daß der

---

[109]) Weiteres darüber in Recht und Persönlichkeit S. 46 f.

[110]) Die Bedingnisse der Scheidung der Ehe gehören, ebenso wie die Förmlichkeiten der Schließung, dem Eigenrechte eines jeden Landes und Volkes an.

andere Teil ihm seine Beihilfe gewährt, ihn über sein schweres Schicksal tröstet und ihm die Leidenszeit erleichtert. In diesen Fällen einfach die Ehe zu lösen, wäre Herzensroheit und stände im Widerspruch mit den erhabensten Aufgaben der Menschheit; denn nur wenn die Menschen sich die Leiden des Lebens lindern, wird es möglich sein, ihre Kräfte und Gaben vollständig zur Ausbildung zu bringen; gerade leidende Naturen sind oft seelisch ganz bedeutend vertieft und veranlagt. Auch sonst ist es der Menschheit förderlich, wenn der einzelne gegen sich selber geschützt ist und nicht der vorübergehenden Laune und den augenblicklichen Anwandlungen ohne weiteres stattgeben darf: darum soll die Ehe nur dann scheidbar sein, wenn die allertriftigsten Gründe vorliegen. Die ständige Furcht und das scheue Zagen vollends, welches der eine Teil durchzukosten hätte, wenn er täglich und stündlich dem einseitigen Ehescheidungsspruch seines vielleicht viel gröber angelegten Genossen ausgesetzt wäre, hätte seelische Qualen zur Folge, welche ein starkes Kulturhemmnis bildeten.

II. Familie

1. Organisation der Familie. — § 77.

I. Verhältnis der Kinder zu den Eltern. II. Allgemeines über Mutter- und Vaterrecht. III. Mutterrecht. 1. Allgemeines. 2. Verhältnis zu den Verwandten der Mutter. IV. Übergang zum Vaterrecht. V. Frauenherrschaft.

I. Mit der Ehe ist die Familie verbunden: die Beziehung der Kinder zu den Eltern ist eines der wichtigsten Probleme der Menschheit, einmal deswegen, weil die Kinder langjähriger Zucht und Erziehung bedürfen, und sodann deshalb, weil die Familienverbindung auch nach Vollendung der Erziehung höchst bedeutungsvoll bleibt. Die Fortdauer der Zusammengehörigkeit auch nach Heranwachsen der Kinder ist für die Menschheit von größtem Werte, ja, sie steht über allen anderen Einheitsbestrebungen: auf der einen Seite die Zuneigung des Blutes, auf der anderen Seite die jahrelange Gemeinschaft während der Erziehungsperiode.

Beides bewirkt einen natürlichen Zusammenhalt, ein Zusammenstimmen der Wesenheiten, welches nicht verloren sein soll, sondern auch für das künftige Leben weiter zu pflegen ist, als ein Band der Lebensgemeinschaft und als ein Unterpfand für das opferwillige Wirken in der Menschheit. (§ 78.)

II. Die Art der Zusammengehörigkeit wird eine verschiedene sein, je nachdem das Verhältnis zur Mutter oder das Verhältnis zum Vater das ausschlaggebende ist. Wir von unserem Standpunkte aus verknüpfen beide Beziehungen miteinander und können uns kaum in Zeiten versetzen, in welchen eine derartige Gesamtverbindung als eine Unmöglichkeit galt; und doch war dieses der Fall. Da nach dem Grundsatze der Exogamie Mutter und Vater verschiedenen Familien angehören, so muß die Verbindung von Vater- und Mutterrecht bewirken, daß das Kind zu gleicher Zeit das Kind der einen und der anderen Familie ist. Das war aber in den Zeiten unmöglich, in welchen

sich die Familien schroff abschlossen und jeder Familienkreis eine gesellschaftliche und politische Einheit für sich bildete, die ihre Interessen einseitig wahrte und sie den übrigen Kreisen gegenüber in jeder Weise, selbst durch Streit und Krieg, zum Ausdruck brachte.

Die Kämpfe jener Zeiten sind großenteils Familienkämpfe: Familie ringt mit Familie. In diesem Stande ist es, wenn nicht undenkbar, so doch mindestens unangänglich, daß jemand mehreren Familien angehört und somit im Fall von Streit und Krieg auf beiden Seiten steht. Jemand, der mehreren Familien angehört, war ähnlich, wie heutzutage ein sujet mixte mit doppelter Staatsangehörigkeit, eine Rechtsstellung, welche allgemein als eine Mißlichkeit erkannt wird und möglichst zu vermeiden ist.

III. 1. Die älteste Zusammengehörigkeit ist die des Kindes zur Mutter und zur mütterlichen Familie[111]), was begreiflich ist; denn das Kind wird von der Mutter geboren, oft jahrelang gesäugt und befindet sich in den ersten Jahren vollständig in der Pflege der Mutter. Die Frauen sind zu gleicher Zeit auch die Wahrerinnen des Hauses, während die Männer herumstreifen und namentlich viel durch Kriege von ihrem Heim entfernt werden. Bei diesem Sachverhalt ist das Mutterrecht das einzige Sinngemäße; es war darum in der Menschheit auch überall verbreitet.

2. Nach dem Mutterrecht gehört das Kind der Mutter, es gehört aber auch den Verwandten der Mutter, das heißt denen, welche mit der Mutter wieder eine gemeinsame Mutter haben, also insbesondere ihren Brüdern, so daß die Beziehung zwischen Mutterbruder und Neffen die innigste ist, welche zwischen zwei Männern besteht. Dieses Verhältnis ist nur dann ein natürliches, wenn die Mutter mit ihren Brüdern zusammenlebt, so daß Bruder, Schwester und Kind der Schwester eine Hausgemeinschaft bilden.

IV. 1. Aber ein solcher Stand der Sache läßt sich nicht aufrecht erhalten: denn daß der Mann abseits steht, ist unerträglich, sobald die Völker wandern und bei dem Wandern sich zersplittern. Dann muß natürlich, wenn die Kindererzeugung weiter vor sich gehen soll, der Ehemann mit Frau (und Kind) zusammenleben; der Oheim dagegen weilt vielleicht in ganz anderen Gebieten und verfolgt andere Ziele ohne jede Lebensbeziehung zu ihnen. Je inniger sich nun hier das Verhältnis der Ehe und der ehelichen Familie gestaltet, um so mehr wird sich das Kind, sobald es ein männliches Geleite bedarf, dem Vater anschließen, und um so naturwidriger muß es erscheinen, wenn es einem anderen als seinem Vater zukommt.

---

[111]) Orientalisches Recht S. 19, Enzykl. 2. Aufl. I 37. Das Gegenteil kann nur das vollständige Mißverständnis der Ethnologie und vergleichenden Rechtswissenchaft behaupten; eine Widerlegung ist überflüssig.

Gehört der Vater der Familie A, das Kind der Familie B an, so liegt im Schoß des Hauses der Keim des Widerspruchs und der Apfel der Zwietracht: beim Familienkrieg zwischen A und B. stehen Vater und Sohn sich feindlich gegenüber. Derartige Widersprüche aber in einem Kreise, in welchem größte Treue und ungeteilte Vertraulichkeit herrschen sollen, vergiften das ganze Verhältnis im Grunde.

2. So geht später, namentlich unter dem Einfluß von Frauenraub und Frauenkauf, aber auch unter Einwirkung sonstiger Umstände, welche anderwärts dargestellt worden sind, das Mutterrecht in das Vaterrecht über, und das Kind gehört dem Vater und der väterlichen Familie. Das ist der Stand, den die Kulturrechte des Altertums erlangten, das indische, das griechische, das römische, das keltische, das germanische, das Recht der Ostasiaten, und es ist dieses der Stand, in welchem die glänzendsten Kulturbildungen der Völker sich vollzogen.

V. Ein Anderes wäre nur dann möglich, wenn die Frau die Lenkerin des Hauses wäre und sie und ihre politische Richtung das ganze Verhalten bestimmte. Derartiges hat es gegeben: man spricht hier von Frauenherrschaft oder Gynäkokratie; doch war sie von jeher seltener und mußte bald als naturwidrig erscheinen. Die Frau hat andere Aufgaben, als die der Herrschaft, und andere Eigenschaften, als die der zähen Folgerichtigkeit, welche das Herrschaftsleben verlangt. Daher wird in der überwiegenden Regel der Ehemann der Herr des Hauses sein, und die Naturwidrigkeit, die entsteht, wenn die Kinder seinem Herrscherkreise entrückt sind, wird sich als ungeheures Hindernis der Entwickelung des Familienlebens geltend machen. Darum sind nur Völker mit Vaterrecht befähigt gewesen, die hohen Aufgaben des Völkerlebens zu erfüllen; nur sie haben die Kraft in sich getragen, den Stürmen von innen und außen kraftvoll zu widerstehen.

2. Kindererziehung. — § 78.

I. Familienerziehung. II. Erziehung außerhalb der Familie. Pflegvaterschaft. Staatserziehung.

I. Die Erziehung ist von Anfang an eine Familienerziehung. Sie war in den Zeiten der Gruppenehe so gestaltet, daß die Kinder mehr oder minder ausgetauscht und so ein jedes dem einen oder anderen Mitgliede der Gruppe überantwortet wurde. Als die Ehe Einzelehe wurde, haftete die Kindschaft an dem einzelnen Ehepaare, und es entwickelte sich eine solche innige Gemeinschaft zwischen Eltern und Kindern, daß dadurch der beste Zusammenhalt gegeben wurde: der Einheit des Blutes entsprach die Einheit aller Lebensbeziehungen [112]).

---

[112]) Recht und Persönlichkeit S. 42 f.

Es ist daher begreiflich, daß die Geschichte dieses Band lange Zeit gewahrt und es sogar mit dem Hauche der Poesie verklärt hat. Auch heutzutage ist das Eltern- und Kindesverhältnis eines der geweihtesten und heiligsten; es ist die Quelle nicht nur ethischer Erhebung, sondern auch tiefer sittlicher Kraft und reiner Empfindungen, ein Ausgangspunkt aufopfernder Bestrebungen, ein Antrieb hochedler Tüchtigkeit, und damit von selbst kulturbringend und kulturfördernd; denn gerade auf der Grundlage solcher hervorragender Empfindungen keimen die bedeutendsten Ideen auf und reifen die fruchtbarsten Arbeiten heran (§ 77).

II. 1. Aber dieses Institut reicht nicht aus, weil die großartige Idealität, die dem Ganzen zugrunde liegt, vielfach gebricht, und im Schoße der Familie nicht selten der Keim der Kulturwidrigkeit, ja der Ausgangspunkt von Lastern und Gesellschaftsanarchie liegt. Wo dies der Fall ist, da ist es höchste Zeit, die Kinder ihren Eltern wegzunehmen und die Erziehung zu einer Staatserziehung zu machen.

2. Eine Reihe von Völkern hat schon früher mit der Familienerziehung gebrochen und sie mit einer anderen Art von Erziehung vertauscht, und zwar gibt es zwei verschiedene Systeme:

a) Das System der Pflegvaterschaft: ein verändertes Familienerziehungssystem, indem die Kinder einer anderen als der leiblichen Familie überantwortet werden; ein System, das seine Berechtigung hat in Fällen schwerer Unsittlichkeiten in der Familie, oder wo die Familie durch Gebrechen irgendwelcher Art an der Erziehung verhindert ist. Aber auch in anderen Verhältnissen kann sich das System empfehlen, so z. B. wenn Kinder von Großen, von Adligen usw. in bürgerliche Pflege gegeben werden, damit sie zur Einfachheit und schlichten Tüchtigkeit erzogen werden.

b) Ein anderes System war das der staatlichen und der Tempelerziehung, indem den Kindern, namentlich den Knaben, von Jugend an die Zugehörigkeit zum Staate und die Staatspflichten eingeprägt und sie durch herbe Zucht und einfache Lebensweise zum opferwilligen Dienste für Staat und Gesellschaft herangebildet wurden.

3. Die neuzeitliche Art, Kinder in Staatspflege zu nehmen oder sie anderen Familien zur Erziehung anheimzustellen, hat daher in der Geschichte längst ihre Vorgängerschaft, und auch hier gilt der Satz, daß kein einzelnes System allein das segenbringende ist, sondern bald die eine, bald die andere Verfahrensweise den Kulturbedingungen eines Volkes besser entspricht.

3. Familienvermögen. — § 79.

I. Eheliches Familiengut, Stammesvermögen. Eheliche Gütergemeinschaft und Kindesgut. II. Nutznießung des Ehemanns und Vaters. III. Gütertrennung. Freies Kindesgut.

I. Ob das Vermögen in der Familie vereinzelt oder vergesamtet ist, hängt damit zusammen, ob der Gedanke der Vermögensgesamtung noch mächtig fortwirkt oder ob die Vereinzelungsbestrebungen soweit gediehen sind, daß sie selbst in den Schoß der Familie hineinreichen. Als bereits das Privateigentum entstanden war, hat sich das Familieneigentum noch erhalten in weiterem oder in engerem Sinne; zuletzt im engsten Sinne des Fa-

milieneigentums im trautesten Kreise der Familie, bestehend aus den Ehegatten und den Kindern. Hier verblieb das Familieneigentum als eheliches Familiengut und als Stammesvermögen, welches das Vermögen der Eltern und Kinder zusammenhielt. Noch lange finden wir die Züge dieses Gemeingutes, vor allem in der ehelichen Gütergemeinschaft und sodann in der Einrichtung, daß der Kinder Gut den Eltern gehört, wenn auch den Kindern verfangen und ihnen zugesichert.

II. Wie eine Erlösung aus diesen Banden rang sich der Gedanke der Vermögenstrennung mit der Vermögensverbindung hervor, indem die einzelnen Vermögen gesondert bleiben, aber der Inhaber des einen Vermögens an dem andern Vermögen ein Nutznießungsrecht hat, so daß noch immer die Fruchtausbeute beider Vermögensmassen in einer Hand liegt: äußerliche Vermögensverbindung. Die Nutznießung ist nicht selten mit Verfügungsgewalt verbunden, wodurch das Recht dem Gemeinschaftsrecht angenähert wird (§ 54). Auf diesem Stande stehen noch großenteils unsere Rechte. Die äußerliche Vermögensverbindung zeigt unser heutiges eheliches Güterrecht mit der Verfügungsnutznießung des Ehemannes an dem eingebrachten Gut der Frau, sowie das Nutznießungsrecht des Vaters am Kindesgut.

III. Beides kann sich dahin lösen, daß unter den Ehegatten Gütertrennung eintritt und nur eben beide Ehegatten verpflichtet sind, mit ihrem Vermögen verhältnismäßig zu den Lasten der Ehe beizutragen; und dahin, daß das Kindesgut frei wird, jedoch so, daß der Vater daraus den entsprechenden Bedarf schöpfen kann, um die Erziehungskosten zu bestreiten.

Ob diese Trennung der Sachlage entspricht, hängt wesentlich damit zusammen, ob das Einzelwesentum so stark durchgreift, daß man den früheren Zustand als unwürdigen Zwang empfindet, und ob im großen und ganzen die Frauen und Kinder bei dem einen oder dem andern System besser fahren. Was die Frauen betrifft, so drängt die Entwickelung nach Gütertrennung, in der Art jedoch, daß die Frau dem Manne das Vermögen ohne Pflicht der Rechenschaftsablegung, also zur freien Verfügung über die Früchte, überlassen kann. Weniger ist eine solche Änderung im Bereich des Kindesvermögens anzustreben, da eine Gestaltung der elterlichen Gewalt unter Rechnungslegung und strenger obervormundschaftlicher Aufsicht nicht dem Ideal des Familienlebens entsprechen dürfte.

4. Eheliche und uneheliche Kinder. — § 80.

I. Ursprünglich kein Unterschied. II. Stellung der Unehelichen. III. Rechte und Pflichten des unehelichen Erzeugers. 1. Allgemeines. 2. Widerstände (Mängel der Feststellung der Vaterschaft und des dauernden Verhältnisses zur Mutter). 3. Hebung durch Anerkennung und Staatserziehung.

I. Solange das Mutterrecht herrscht, wird es einen Unterschied zwischen ehelichen und unehelichen Kindern nicht

geben. Aber auch nach den Gesetzen des Vaterrechts gilt ursprünglich der Grundsatz, daß das Kind einer Frau ihrem Ehemanne gehört, ohne Rücksicht darauf, von wem es gezeugt ist. Wird aber ein Kind vor der Ehe (ohne Ehe) geboren, dann wird es bei vielen Völkern umgebracht (oft kommt man der Geburt durch Abtreibung zuvor), oder aber es gehört solange, bis die Mutter heiratet, der Mutterfamilie an, worauf es in die Familie des Ehemannes mit eingebracht wird: der Ehemann wird Herr des Kindes, wie er Herr der Frau wird.

II. Allmählich hält man darauf, daß das Kind der Ehefrau auch vom Ehemann gezeugt sein müsse; das von anderer Seite gezeugte Kind wird aus der Familie ausgestoßen oder doch als minderwertig angesehen und dementsprechend behandelt. Für das außerehelich geborene Kind gibt es keine Vaterfamilie und bleibt daher das Mutterrecht bestehen; das Kind behält seinen Halt in der Gemeinschaft der Mutter, da es der Vaterfreundschaft entbehrt. Diese Stellung des unehelichen Kindes findet sich auch im römischen Recht und im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Frühere deutsche Familienordnungen haben dem natürlichen Kinde auch gegenüber der mütterlichen Familie eine untergeordnete Stellung gegeben und ihm auch hier das Erbrecht ganz oder teilweise versagt. Diese Behandlungsweise ist abwegig. Die Bande des Blutes sind bei dem natürlichen Kinde ebenso stark, die Notwendigkeit einer Fürsorge ist in gleichem Maße gegeben, ja vielleicht in noch viel höherem, da bei ihm die mütterliche Erziehung alles zu sein pflegt und sonst das Kind wild aufwächst. Das volle Mutterrecht für das natürliche Kind läßt sich nicht abweisen.

III. 1. Als bei den ehelichen Kindern das Vaterrecht die Wendung annahm, daß die Erzeugung die Grundlage der Kindschaft bildete, mußte für die unehelichen Kinder der gleiche Gedanke auftauchen, und man mußte geneigt sein, dem unehelichen Erzeuger eine Rechts- und Pflichtenstellung gegenüber dem natürlichen Kinde zu geben, wie sie dem ehelichen Vater zukam. Man war um so mehr dazu gedrängt, als bei ehelichen Kindern verbundenes Vater- und Mutterrecht galt, und darum auch hier die Idee erwachen mußte, dem Mutterrecht das Vaterrecht des natürlichen Erzeugers zuzugesellen.

2. Diese Entwickelung aber fand begreiflichen Widerstand; denn einmal wird häufig die Feststellung der Vaterschaft Schwierigkeiten unterliegen, sodann fehlt es an dem dauernden Verhältnis zwischen dem Erzeuger und der Mutter. Es mußte notwendig der Umstand zur Geltung kommen, daß die verbundene Vater- und Mutterstellung sich in ganz anderer Weise tatsächlich bewähren wird, wenn Vater und Mutter zu einer ehelichen Gemeinschaft vereinigt sind, als wenn sie einander fernbleiben. Diese Widerstände haben sich bis heutzutage nur teilweise überwinden lassen.

3. Die Zweifel an der Vaterschaft können allerdings dann als gehoben gelten, wenn der Erzeuger das Kind als das seinige anerkennt. Die andere Schwierigkeit dagegen bleibt so lange bestehen, als die Erziehung der Kinder eine rein familienrechtliche ist und nicht daneben eine staatliche Erziehung tritt. Ist aber letzteres der Fall, dann steht kein Grund dem Ziele im Wege, daß auch dem natürlichen Erzeuger die Vaterrechte und Vaterpflichten zukommen: die Erziehung des Kindes erfolgt eben dann, weil es an der Familie fehlt, von Staats wegen.

Eine derartige Entwickelung ist zu fördern, da es eine Unziemlichkeit gegenüber dem Kinde ist, wenn man ihm den einen Elternteil nimmt; es ist zu gleicher Zeit ein Verstoß gegen das Volkswohl und gegen die Kulturordnung, wenn man nicht dafür sorgt, daß auch dem unehelichen Kinde die nötige Erziehung zuteil wird, um seine Tatkraft der Gesellschaft dienstbar zu machen und es so weit heranzubilden, daß die in ihm schlummernden negativen Triebe ausgerottet werden. Die unrichtige Behandlung der unehelichen Kindschaft, die scheinheilige und kurzsichtige Vogelstraußpolitik, welche verkennt, welch tüchtiges Kapital geistiger Kraft hier verloren geht, hat lange Zeit unsere gesellschaftlichen Verhältnisse aufs tiefste geschädigt. Die heutige Zeit strebt dahin, auch in den natürlichen Kindern das kostbare Gut zu pflegen, welches ein jedes menschliche Wesen der Gesellschaft zu bieten bestimmt ist.

III. Künstliche Verwandtschaft

1. Allgemeines. — § 81.

I. Bedeutung. II. Hauptfälle: Ankindung, Blutsbrüderschaft.

I. Bei ziemlich allen Völkern hat sich neben der Blutsverwandtschaft eine künstliche Verwandtschaft gebildet, indem gewisse Beziehungen rechtlich so gestaltet wurden, daß sie den Beziehungen der Bande des Blutes gleich standen[113]). Die künstliche Verwandtschaft hat häufig der Familie neue Lebenskraft und Lebensmut gegeben, selbst ganze Völkerschaften vor dem Verfall bewahrt. Wie bei allen wichtigen Rechtseinrichtungen, so hat auch hier die Religion eine sehr große Rolle gespielt.

II. Von den mannigfachen Arten der künstlichen Verwandtschaft ist die Pflegvaterschaft bereits erwähnt worden (§ 78). Viele Arten sind untergegangen oder haben nur eine einzelgeschichtliche Bedeutung beibehalten (Milchverwandtschaft im Islam). Eine allgemein weltgeschichtliche Wichtigkeit haben zwei Einrichtungen gewonnen, die Ankindung und die Blutsbrüderschaft, von welchen allerdings die letztere in unserer neuzeitlichen Kultur verschwunden ist.

---

[113]) Die nähere Darlegung gehört der Rechtsgeschichte an: sie bildet eines der interessantesten Blätter in der Entwickelung der Menschheit. M. W. habe ich zuerst diese verschiedenen Einrichtungen auf den gemeinsamen Begriff der künstlichen Verwandtschaft zurückgeführt, Z. f. vergl. Rechtsw. V S. 415, Enzyklop. 2. Aufl. I 31, Orientalisches Recht S. 24.

2. Ankindung[114]). — § 82.

I. Rechtliche Gestaltung. II. Vollkommene und unvollkommene Ankindung. III. Stellung zur Familie des Ankindungsvaters. IV. Einseitige Wirkung der Kindesannahme. V. Kontrolle.

I. Die Ankindung wäre auch ohne das Recht möglich: es ist möglich, daß jemand ein Pflegekind auch ohne rechtliche Verbindung aufnimmt und sich ihm widmet; allein die rechtliche Betätigung eines solchen Verhältnisses hat eine sehr bedeutende seelische Tragweite; dasjenige, was sonst nur unbestimmt tastend das eine oder andere Mal erfolgt, wird nunmehr zu einer regelmäßigen Einrichtung; das Kind, das dadurch Rechte erwirbt, bekommt eine viel bessere Stellung, als wenn es vollkommen dem Belieben preisgegeben wäre; vor allem wird ihm das schlimme Schicksal erspart, daß es nach dem Tode des Pflegevaters und Wohltäters aus dem Hause gestoßen und ihm der Unterhalt, das Vermögen, das Erbe entrissen wird.

Die Ankindung ist eine Einrichtung hoher Sittlichkeit; denn das Gefühl der Elternliebe zum Kinde und der Kindesliebe zu den Eltern ist von größtem ethischem und bildendem Werte (§ 78). Dazu kommt, daß das Pflegekind, das auf solche Weise eine bessere Erziehung und Bildung erlangt, gewöhnlich leistungsfähiger sein wird, als wenn es in niederen Kreisen zurückgehalten würde und dort vielleicht dem Verderben anheimfiele.

II. 1. Die Ankindung kann sich so gestalten, daß das Kind mehr oder minder der leiblichen Familie entzogen und der Ankindungsfamilie angegliedert wird. Diese Gestaltung ist wünschenswert, so lange ein fester Familienzusammenhalt besteht; denn eine doppelte Familienzugehörigkeit ist von Übel und bringt das Kind in eine Halbheit, in der es nicht gedeihen kann.

2. Anders ist es, wenn der Familienzusammenhalt gelockert ist, so daß man in der Gesellschaft und im Staat, auch außerhalb der Familie, eine Menge von Bildungsmitteln erwirbt und die Familie nur nach gewissen Richtungen hin den Menschen erfaßt. Unter einem lockeren Familienverband ist die Beibehaltung gewisser Rechte in der leiblichen Familie nicht nur möglich, sondern auch wünschenswert; denn es ist nicht einzusehen, warum man jemandem mehr entziehen sollte, als für die künstliche Einrichtung erforderlich ist. Daher haben die neuzeitlichen Rechte zu einer unvollkommenen Ankindung geführt, indem der Angekindete in der leiblichen Familie möglichst viele Rechte behält und diesen die Rechte der Ankindung hinzufügt.

III. Eine weitere Frage ist es, ob der Angekindete bloß zum Ankindungsvater oder auch zu dessen weiterer Familie in Verbindung treten soll. Letzteres haben die neuzeitlichen Rechte

[114]) Lehrb. des Bürgerl. R., Familienrecht S. 321.

verneint mit Rücksicht darauf, daß sie dem Angekindeten die Rechte in der leiblichen Familie gewahrt haben.

Es wäre aber denkbar und nicht ohne Wert, wenn durch irgendeinen Familienbeschluß oder etwas ähnliches dem Adoptivkinde auch gegenüber den übrigen Familienmitgliedern Rechte gewährt werden könnten. Der Angekindete würde dadurch in den ganzen Kreis der Familie aufgenommen, wie z. B. bei dem aettleiding des altnordischen Rechts.

IV. Mit der unvollkommenen Ankindung hat sich auch der weitere Grundsatz entwickelt, daß die Wirkungen der Kindesannahme einseitig sind, der Adoptivvater dem Kinde gegenüber nur die Rechte der elterlichen Gewalt, aber kein Erbrecht, erlangt.

Auch hier ließe sich fragen, ob nicht eine Erweiterung der Einrichtung wünschenswert wäre; denn ohne Zweifel wird die Verbindung inniger, wenn die Berechtigungen gegenseitig sind. Allerdings hat dies die Schattenseite, daß hierdurch die Ankindung zu einem Spekulationsinstitut werden kann, so daß sich habsüchtige Motive einnisten und die wohltätige Einrichtung vergiften; welche Gefahr aber durch obrigkeitliche Prüfung tunlichst abzuwenden wäre.

V. Überhaupt wäre es wünschenswert, die Ankindung unter obrigkeitliche Kontrolle zu stellen, damit Mißbräuche vermieden werden und die segensreiche Einrichtung nicht zu einem ungesunden, schädlichen, dem Familienwesen fremden Zerrbilde entarte.

3. Blutsbrüderschaft. — § 83.

I. Bedeutung. Untergang des Instituts. II. Rechtliche Gestaltung. III. Wiedererstehung?

I. Die Blutsbrüderschaft als künstliche Verwandtschaft hat im Leben der Völker tief eingewirkt: sie wurde zu einem Institute großartiger Opferwilligkeit, zu einer Quelle der Erhebung und der lautersten Selbstlosigkeit: der Blutsbruder sollte dem Blutsbruder näher stehen als der leibliche. Leider ist dieses Rechtsinstitut untergegangen; es ist viel gebraucht, aber auch viel mißbraucht worden; es wurde zum Hebel der Blutrache, zum Förderungsmittel aufrührerischer Umtriebe und zum Verbindungselement wilder, zerrüttender Genossen. Gleichwohl muß sein Verschwinden im höchsten Grad bedauert werden, denn eine derartige Steigerung der Selbstlosigkeit, eine so innige Hilfe in allen Lebenslagen muß unter allen Umständen als kulturfördernd erscheinen, wie überhaupt jede Idealität an sich die Kulturkraft eines Volkes erhöht, soweit sie nicht allzusehr mit zerstörlichen Elementen zersetzt ist.

II. Auch hier muß bemerkt werden: eine solche seelische Verbindung kann auch ohne jede rechtliche Gestaltung bestehen. Jedoch gilt hier dasselbe, wie von der Ankindung: es ist immerhin bedeutsam, wenn solche Einrichtungen von dem Rechte eingefangen und rechtlich gestaltet werden; sie werden dadurch vorbildlich und verlieren die Ausnahmestellung, und ihre Bedeutung steigert sich, wenn das, was man vom anderen erwartet, noch durch das Recht gefördert wird; die feste rechtliche Art, zu binden und zu lösen, gibt Halt und Stärke. Vor allem aber kann hierbei eine Reihe wichtiger förderlicher Folgen eintreten; so, wenn der Blutsbruder berechtigt ist, das Zeugnis zu verweigern, so, wenn die Begünstigung des Blutsbruders ebenso straflos ist wie die eines leiblichen Verwandten, so, wenn eine gegenseitige Unterhaltspflicht und vielleicht auch noch ein etwaiges Erbrecht besteht. In allen solchen Fällen kann

sich die Einrichtung auf das Gesetz berufen, und die Unsicherheiten und Unklarheiten bloß tatsächlicher Verhältnisse sind durch die Rechtsregel beseitigt.

III. Ob die Einrichtung wieder ersteht? Ohne Anhalt im Leben läßt sich derartiges nicht schaffen; die ganze Inbrunst, welche zu einem solchen Idealismus führt, kann nicht künstlich gezüchtet werden, sie muß aus dem inneren Volke hervorgehen. Geschlechtliche Elemente waren dem Institute nur selten beigemischt (bei den Griechen), sie würden auch nicht zu seinem Adel beitragen, da der gleichgeschlechtliche Umgang eher gemütszerrüttend als bildend wirkt.

IV. Das Vormundschaftsrecht als uneigentliches Familienrecht — § 84.

I. Allgemeines. II. Oberaufsicht.

I. Die Familienerziehung soll möglichst auch dann gepflegt werden, wenn keine Eltern mehr leben; an Stelle der Eltern tritt dann die weitere Familie. Ein Unterschied zwischen elterlicher Gewalt und Vormundschaft besteht ursprünglich nicht; es ist schon ein Übergang von der Familienerziehung zur Staatserziehung, wenn man in solchem Falle dem Kinde von Staats halber einen Vormund ernennt, der als staatliches Organ die Pflege und Vermögensverwaltung zu leiten hat [115]). Allerdings behält vielfach die Vormundschaft etwas von der früheren Art (als Familieneinrichtung) bei; darum spricht man von uneigentlichem Familienrecht.

II. Die Gestaltung der Oberaufsicht über den Vormund wird in den verschiedenen Organisationsstufen der Gesellschaft sehr verschieden sein. Wo die Familie noch die Hauptkulturaufgaben übernimmt, ist es natürlich ein Ausschuß der Familie, welcher die Aufsicht führen muß und die bestimmenden Leitsätze gibt. Wo aber die Familie sich zerblättert, muß der Staat oder die Gemeinde eintreten, und je nachdem auf der einen oder anderen Seite eine größere Sachkenntnis, eine opferwilligere Dienstbeflissenheit, zu erwarten steht, wird das eine oder andere System vorzuziehen sein; daher sind es bald die Gerichte, bald auch Gemeindebehörden, Waisenämter usw., welche man mit diesen Betätigungen betraut.

[115]) Die alte Anschauung über verwandtschaftliche und staatliche Vormundschaft ergibt sich mit aller Naivität des Mittelalters aus dem Recht von Baden 1384 a. 32 (Rechtsquellen des Kantons Aargau von Welti und Merz II 1 S. 41): Och hand wir die gewonheit und gnad: wo ein unser burger oder burgerin abstirbet und kind hinder im laut, die vogtbar sint, hand da die kind frund, vatter oder muter magen, die in ze vogt nutz sint, die sond es och sin und beliben; sint in aber die frund ze vogten unnutz, so gitt in ein schultheis und ein rat einen erkornen vogt, oder ob die kind nit magen hetten, und sol och der erkoren vogt sweren, uff der kind lip noch gut nit ze tund, denn mit eins schultheißen und rates willen und gunst, und sol och einost in dem jar widerrechnen der kind nutz und guter.

Auch hier ist natürlich alles in der Entwickelung begriffen. Man hat auch die Mitwirkung der Familie angerufen, so nach deutschem Rechte, wo das Vormundschaftsgericht die Verwandtschaft in wichtigen Fällen befragen soll, und wo unter Umständen auch ein Familienrat als Obervormundschaftsbehörde vorgesehen ist; doch ist der Familienrat nicht zum lebensfähigen Institute gediehen [116]).

Zweiter Abschnitt

Schuldrecht [117])

Erstes Kapitel

Schuldrecht im Allgemeinen

I. Grundlagen und Aufgaben des Schuldrechts

1. Allgemeine Grundlagen und Aufgaben des Schuldrechts. — § 85.

I. Das Schuldrecht als Notwendigkeit der Kulturordnung. II. Es beruht auf Wechselbeziehung der Einzelwirtschaften. III. Es bezweckt „Diskontierung" der Zukunft und Ausgleichung. IV. Es schafft ein freies Arbeitsrecht.

I. Die schuldrechtliche Bindung in der Art, daß der Gebundene eine Verpflichtung übernimmt und sich dadurch unter den Zwang der Rechtsordnung stellt, ist eine Notwendigkeit des Verkehrs und damit eine Notwendigkeit der Kulturordnung.

Keine Kultur kann ohne ein derartiges Schuldrecht bestehen, und namentlich nicht eine fortgeschrittene Kultur, in der die Gütererzeugung durchaus nicht vornehmlich durch die Genießenden stattfindet, sondern durch andere Personen: hier hat das Schuldrecht die Aufgabe, zu bewirken, daß die Güter unmittelbar oder mittelbar denen zukommen, denen sie dienen können (§ 64).

II. Die Schuldverhältnisse als Bindung beruhen daher auf dem System der Einzelwirtschaften und sind bestimmt, diese in ständige Beziehung zueinander zu setzen, so daß sie befähigt sind, mehr zu leisten, als bei einer Vereinzelung und Besonderung zu leisten wäre: m. a. W., die durch Privatwirtschaft herbeigeführte Vereinzelung soll wieder auf einer höheren Stufe aufgehoben werden.

Namentlich sollen die Schuldverhältnisse einen Wechsel in den Wirtschaftsgegenständen ermöglichen und die Gesellschaft gegen die Verknöcherung schützen, die eintreten würde, wenn die Verteilung der äußeren Güter eine

---

[116]) Lehrb. d. Bürgerl. R., Familienrecht S. 495.

[117]) Schuldrecht und Erbrecht (2. und 3. Abschnitt) sind Rechte innerhalb der Vermögenskultur im Gegensatz zu den Rechten außerhalb der Vermögenskultur im 1. Abschnitt. Vgl. §§ 52, 67 ff.

ewige und unverbrüchliche wäre. Daher sind sie ein vorzügliches Mittel, um den Einzelwirtschaften, ohne ihnen als solchen zu nahe zu treten, die Vorteile der Vergesamtung zu verschaffen, um zu bewirken, daß die äußeren Güter trotz der einmal erfolgten Verteilung immer wieder demjenigen zukommen, der sie notwendiger als andere braucht, so daß also an Stelle der einmal abgeschlossenen Verteilung eine stete Neuverteilung und Neuzuweisung erfolgt, und Alles im ständigen Flusse bleibt (§§ 37, 59).

III. 1. Die Schuldverhältnisse haben aber auch die fernere Aufgabe, zu bewirken, daß die Zukunft zum Hilfsmittel der Gegenwart gemacht wird; ebenso wie sie die Örtlichkeiten überspringen und Güter aus den verschiedensten Gegenden in Umtausch bringen, so überspringen sie die Zeit und bewirken, daß das, was erst die Zukunft bringt, zum Dienste der Gegenwart herangezogen wird: die Zukunft wird „diskontiert“ zugunsten der Gegenwart.

Das ist ein ungeheures Hilfsmittel für die Entwickelung geistiger Kräfte, denn viele Personen können Außerordentliches leisten, wenn ihnen gegenwärtige Güter zuteil werden im Austausch für dasjenige, was sie künftig zu bieten vermögen. Gerade die eifrigsten, kräftigsten und strebsamsten Naturen können auf solche Weise die Hilfsmittel für die Schaffung neuer Güter erlangen. Die Völker, die auf solche Weise die Zukunft diskontieren, sind optimistische, schaffensfreudige Völker. So sind nicht alle; manche, wie die orientalischen, verweigern es, in die Zukunft zu greifen: die Zukunft ist ihnen ein unantastbares Heiligtum, oder sie ist für sie ein Nichts und steht außerhalb des Verkehrs (§§ 28, 99, 105).

2. So hat also das Schuldrecht die Aufgabe, Ungleichheiten und Zufälligkeiten auszugleichen und dadurch zu bewirken, daß die in der Menschheit enthaltenen Werte nach ihrem richtigen Verhältnis zur Geltung gelangen. Auf diese Weise wirkt es lösend und befreiend gegenüber dem Zufall der Zeit.

Eine Menge von Gütern liegen in der Zukunft und sind einstweilen für die Gegenwart nicht vorhanden: die Zeit ist die Stiefmutter der Menschheit; sie unterdrückt Güter, welche vollständige Geltung verdienen. Das Mittel aber, um hier auszugleichen und die Zukunft in die Gegenwart hineinzuziehen, bietet das Schuldrecht. Dadurch wird das wirtschaftliche Leben, überhaupt die Welt der menschlichen Werte, außerordentlich bereichert, und die Zukunft spendet bereits der Gegenwart ihre Gaben.

IV. Die Schuldverhältnisse werden außerdem die Kräfte der Personen in Verkehr ziehen und auf solche Weise an Stelle der Sklaverei die Möglichkeit freier Arbeit setzen. Die alte Zeit kennt nur Eigenarbeit und Arbeit des Sklaven; fremde Arbeit wird sonst nur ausnahmsweise und mehr in der Form der Guttat geleistet (§§ 18, 69, 108). Erst der Gedanke, daß der Einzelne die Verpflichtung übernehmen kann, einem Anderen Arbeit zu leisten, ohne daß er dadurch in den Kreis der häuslichen Willkür hineingezogen wird, schafft ein freies Arbeitsrecht.

Er löst die Bande der Sklaverei und gibt zu gleicher Zeit die Möglichkeit einer unendlichen Entfaltung persönlicher Kraft; er erregt den gewaltigen Tätigkeitstrieb derjenigen, denen es an Glücksgütern überhaupt fehlt, oder die das lebendige Streben in sich tragen, weitere Güter zu erwerben (§ 59).

2. Die Zuverlässigkeit der Person als ethisches Element und Haupthebel des Schuldrechts. — § 86.

I. Ethisches Element. II. Haupthebel.

I. Von alter Zeit her hat das Schuldrecht auch einen ethischen Charakter: allüberall stand die Ethik an seiner Wiege; zu gleicher Zeit aber ist es auch ein Mittel gewesen, den ethischen Bestand der Menschheit zu erhöhen. Das ethische Element, das hier in Betracht kommt, ist die Zuverlässigkeit oder Verläßlichkeit der Person.

Auch hier handelt es sich darum, den Zufall auszuschalten und an Stelle des Zufalls Gesetz und Regel aufzustellen. Hat jemand einmal das Wort gegeben, so soll es nicht dem Zufall preisgegeben sein, ob es erfüllt wird oder nicht, sondern man soll darauf bauen und demgemäß seine Verhältnisse einrichten können. Wer auf solche Weise dem Wort treu bleibt, handelt sittlicher als der andere, einmal weil er Regel setzt an Stelle der Willkür, sodann weil er im Interesse des Anderen Laune und Eigengeist, die ihn etwa zu einem Bruche des Wortes führen könnten, zurückdrängt. So greift die Gebundenheit an das Wort in die Tiefen des sittlichen Lebens. Sie heftet sich an das Gebot der Wahrheit, welches hier von der Gegenwart in die Zukunft gestellt wird. Der Versprechende soll sein Wort wahr machen; denn wenn er verspricht, so ist dies eine Versicherung, daß in der Zukunft ein Bestimmtes eintreten wird, und für diesen Eintritt muß der Versprechende besorgt sein. Wie alles Ethische, so ist auch dieses ursprünglich mit der Religion verknüpft und hat schon dadurch eine starke Kulturbedeutung; denn die Religion ist immer ein Förderungsmittel der inneren Kultur und löst die tieferen Saiten der Menschheit aus. Aber auch abgetrennt von der Religion ist die Ethik für die Menschheitsentwickelung bedeutsam gewesen.

II. Der Gedanke, man müsse seinem Worte treu bleiben, ist ein Haupthebel des Schuldrechts, denn dieses geht meist hervor aus Versprechen, aus Verträgen, und knüpft sich somit an die Heiligkeit des Wortes; denn die Erfüllung der Schuld ist nichts anderes als das Halten des gegebenen Wortes: beides fällt zusammen.

Und wie immer in der organischen Welt beides ineinander einwirkt, so ist es auch hier. Das Schuldrecht entspringt den Anforderungen der Treue; es fördert aber auch das Halten des Wortes, indem es regelmäßig darauf abzielt, daß die Versprechen erfüllt und das gegebene Wort gewahrt wird. Das ist der ungeheure sittliche Wert des Schuldrechts: es wird dadurch der gute Geist der Wort- und Vertragstreue in der Menschheit gepflegt und der schlimmen Willkür, noch mehr der unsittlichen Arglist, entgegengearbeitet.

3. Kulturrechtliche und ethische Bestrebungen im Widerstreit. — § 87.

I. Sittlichkeit und Wirtschaftsordnung einer-, Vertragstreue andererseits. II. Unbedingte Vertragsbindung im älteren Naturrecht. III. Begleichung. 1. Beugung der Vertragstreue unter das Kulturrecht. 2. Grenzen der Vertragsfreiheit, namentlich bei Dienstverträgen und im Gewerbebetrieb. 3. Wahlmöglichkeit. Wucher. Monopolisierungen.

I. Die allgemeinen kulturrechtlichen und die besonderen ethischen Bestrebungen im Schuldrecht stehen nicht

immer miteinander im Einklang. Die „Diskontierung" der Zukunft für die Gegenwart und die Ausgleichung der gegenwärtigen und künftigen Werte darf nur soweit stattfinden, als diesen Wertbeziehungen keine Hindernisse kraft der Sittlichkeit und kraft der Wirtschaftsordnung entgegenstehen; denn die Gründe, welche gegen das unsittliche und wirtschaftswidrige Tun überhaupt sprechen, werden sich natürlich noch mehr gegen derartige Benutzung der Mittel des Rechts sträuben. Auf der anderen Seite will der Grundsatz der Vertragstreue keine Einschränkungen zulassen: er will das Wort auf das Tüpfelchen hin erfüllt wissen; er will, daß dem Versprechenden nicht zustehen soll, mit irgendwelchen Vorbehalten und Einwendungen sich von seiner Zusage zu lösen. So führt die Heiligkeit des Wortes zu einer starken Ausschließlichkeit, zu einer peinlichen Verklammerung; sie führt dahin, daß das Wort, losgelöst von allen Umständen und von allen Besonderheiten, die dagegen sprechen, bestehen bleibt. Auf solche Weise kommt man dazu, daß ein Versprechen erfüllt werden soll, auch wenn es eine unsittliche Spitze hat oder auf etwas ganz Unwirtschaftliches hinausläuft; daher auch der Satz, daß Spielschulden Ehrenschulden sind, und wenn sie auch von dem Rechte nicht anerkannt werden, um so mehr kraft des Wortes zur Erfüllung gelangen sollen.

Diese beiden Grundanschauungen standen lange Zeit im Widerspruch miteinander, ja dieser ist bis heute noch nicht vollständig gelöst[118]). Er findet sich insbesondere auch in den ehemaligen Erörterungen über den Versprechenseid und über die Frage, inwiefern man sich von einem Versprechenseid befreien kann, wenn seine Erfüllung unsittlich wäre oder ein Verderben herbeiführte, das durch die Umstände nicht gerechtfertigt ist. Man half in diesem Falle mehr oder minder mit der Lösung des Eides[119]).

II. An den Brüsten jener Vorstellung von der unbedingten Vertragsbindung hat das ältere Naturrecht gesogen; ihm galt der Vertrag als das perpetuum mobile, um den sich die ganze Rechtsordnung drehte, so daß man das ganze gesellschaftliche Leben um den Vertragsbegriff gruppierte und den ganzen Staat auf Vertrag baute (§§ 138 ff.), und wo man mit dem Vertrag nicht auskommen konnte, zur Vertragsfiktion und zum Quasivertrag griff. Dies war eine ungeheure Übertreibung, die um so weniger verständlich ist, als der Ausgangspunkt dieses formalen Vertragsbegriffs ein religiöses Moment war, und eben dieses Moment vom Naturrecht aufgegeben wurde.

---

[118]) Die Alten machen hierüber mehr oder minder dilettantische Reflexionen, z. B. Cicero de Offic. c. 24. 25.

[119]) Vgl. die Nachweise in Kohler und Liesegang, Das römische Recht am Niederrhein II S. 59 f.

III. 1. Die Begleichung des Widerspruchs liegt darin, daß der Grundsatz der Vertragstreue unter das allgemeine Kulturrecht gebeugt, und daß zur Geltung gebracht wird: wo Unsittlichkeit und Verderben lauert, ist auch das gegebene Wort nicht in der Lage, die Heiligkeit des Rechts zu mißbrauchen. Es muß zur Geltung kommen, daß die Erfüllung eines auf das Unsittliche gerichteten Wortes im Gegenteil eine zweite Unsittlichkeit und darum ein Widerrecht wäre. Nur auf solche Weise kann man sich vom Formalismus lösen und das Versprechen in die Tiefe des sittlichen Kulturrechts tauchen.

2. Das Vertragsrecht geht allerdings von der Freiheit menschlicher Dinge aus, und diese Freiheit ist der Nerv der Entwickelung des Einzelwesens mit der ihm anhaftenden Kultur; aber dies muß seine Grenzen haben. Der Vertragsgegenstand kann sich mächtig stoßen an den Interessen der Sittlichkeit oder der Wirtschaft; die Vertragsfreiheit könnte gerade mißbraucht werden, um den Einzelnen zu knechten und seine Zukunft zu binden. Wie weit in dieser Beziehung die Freiheit geht, ist in den Kulturzeiten verschieden: wo Sklaverei herrscht, kann der Mensch sich vielfach zum Sklaven machen, wo die Sklaverei zurückgewiesen wird, werden alle Bestrebungen verboten, welche sklavenähnliche Zustände herbeiführen. Hierher gehören vor allem die Dienstverträge, welche einen Menschen in ungemessener Weise binden, und die Verträge, welche dem Einzelnen den freien Gewerbebetrieb untersagen und die Konkurrenz verbieten [120]).

3. Namentlich aber kommen hier zwei Umstände in Betracht:

a) Die Vertragsfreiheit hat nur dann eine gedeihliche Wirkung, wenn die Vertragsparteien im Stande freier Entschließung sind, und wenn namentlich eine gewisse Wahlmöglichkeit besteht, so daß der sich Bindende nicht durch die Notlage gedrückt wird. Zwar sind auch Geschäfte in der Notlage gültig, allein sie dürfen nicht mißbraucht werden zu ungemessener Ausbeutung. Das Gegenteil wäre Wucher, und Wucher ist dem Sinne des auf das freie Spiel der Kräfte angelegten Verkehrsrechts zuwider.

b) Das Vertragsrecht kann in der Form der Vergesellschaftung den freien Verkehr vernichten und zu Monopolisierungen, zum Gesellschafts- und gar zum Staatssozialismus führen. Dies ist aber eine andere Form des Verkehrsrechts, von der in § 43 die Rede gewesen ist.

---

[120]) Vgl. mein Werk über den Unlauteren Wettbewerb (1914) S. 11 f. und die dortige Literatur, ferner unter § 108 f.

II. Geschichtliche Entwickelungsformen des Schuldrechts — § 88.

I. Haftungssystem. II. Pflichtensystem. 1. Entstehung. 2. Allmählicher Umschwung. 3. Formen des Umschwungs. a) Diensthörigkeit. b) Pfandlingschaft. 4. Religiöse Gedanken.

I. Der geschichtliche Ausgangspunkt des Schuldrechts ist ein sachenrechtlicher, indem der Schuldner dem Gläubiger zum vollen Pfand preisgegeben wird, und das Pfand ist ursprünglich ein Pfand nicht nur zum Verwerten, sondern auch zum Zerstören, es ist ein Pfand, das dem Gläubiger gestattet, seine freie Macht über den Pfandgegenstand auszubreiten. Der Gläubiger konnte also den Schuldner töten, mißhandeln, er konnte ihn zum Sklaven machen und als Sklaven verkaufen. Er konnte auch seinen Leichnam der Bestattung entziehen. Die Lebenshaftung wurde vielfach zur Freiheitshaftung, auch zur Ehrenhaftung abgemildert, d. h. zu einer Haftung, bei welcher der Schuldner als Haftungsobjekt nur nach dieser Seite hin beeinträchtigt werden durfte.

II. 1. An Stelle der sachenrechtlichen Haftung trat die Verpflichtung. Die Verpflichtung ist ein Sollen, d. h. ein an die Persönlichkeit gerichtetes Gebot des Verhaltens, das jeder befolgen muß, wenn er ein vollgültiges und untadelhaftes Mitglied der Rechtsordnung sein will (§ 5). Auf diese Weise tritt der Pflichtgedanke ein, der Gedanke eines Zusammenhanges zwischen dem Einzelnen und der Gesamtheit: der Schuldner hat sich nicht etwa bloß dem Gläubiger, sondern der Gesamtheit aufzuopfern, und daß er die Schuld leistet, ist er auch der Gesamtheit schuldig, welche will, daß jeder seine Pflicht tut (§ 49).

2. Der Umschwung war nicht ein plötzlicher; er folgte allmählich, und lange noch zeigt die Geschichte des Schuldrechts die Wechselwirkung der Ideen von Haftung und Pflicht. Nur langsam hat sich der Begriff der schuldrechtlichen Pflicht entwickelt, und als er sich entwickelte, geschah es in der obigen formalistischen Weise, so daß die Schuldpflicht ohne Rücksicht auf den Inhalt absolut auf dem Schuldner lastete, weshalb zwischen der Stellung des Schuldners im Haftungssystem und im Pflichtensystem lange Zeit kein großer Unterschied bestand: beide führten den Schuldner an den Rand der Vernichtung oder doch der Sklaverei.

3. Der Umschwung hat sich auf verschiedenen Wegen vollzogen.

a) Einmal war es häufig für den Schuldner eine Erleichterung, wenn er der ungefügen Machtsphäre des Gläubigers dadurch entrann, daß er mit diesem ein vertragsmäßiges Abkommen traf, wodurch er und seine Familie sich in die Diensthörigkeit des Forderungsberechtigten begaben. Daher die vielen Verträge der

Selbstübergabe: denn die Selbstübergabe befreite den Schuldner vom Tode oder von schweren Grausamkeiten.

b) Ein zweiter Gedanke war der: der Schuldner konnte zum Sklaven gemacht werden; diese Sklaverei aber konnte man als eine ablösbare gestalten, so daß die Untertänigkeit nicht mehr ständig war, sondern der Sklave nur zeitweise preisgegeben blieb, mit der Möglichkeit dereinstiger Wiederherstellung der vollen Menschlichkeit. Wer aber auf baldige Befreiung Anrecht hatte, konnte nicht in gleich ungefüger Weise behandelt werden wie ein lebenslänglicher Sklave, man mußte ihm für künftige Zeit seine Existenz belassen: der Sklave wurde zum Pfandling (§ 70).

4. Der Gedanke der Pflicht ist im Recht, wie in der Sittlichkeit, zuerst ein religiöser: der Schuldner gelobt bei den Göttern und unterwirft sich ihrem Gericht und ihrem Fluch. Erst allmählich wird der Pflichtgedanke von der Götterlehre losgelöst, und der Verpflichtete weiht seine Persönlichkeit der Macht des Rechts. Allerdings kann auch diese Verklammerung des Schuldners mächtig sein, und auch unter dieser Vorstellung ist ein Befangensein des Schuldners mit Leib und Leben möglich; doch wird die Stellung erleichtert, denn wie der Schuldner unter der Macht der Religion und des Rechts steht, so steht er auch unter ihrem Schutze [121]).

III. Besonderheiten des Schuldrechts

1. Wahrheitspflicht und Geheimnisrecht. — § 89.

I. Wahrheitspflicht. II. Geheimnisrecht und Ichsinn. III. Über die Geheimnisberechtigung gegenüber der Wahrheitspflicht entscheidet der Verkehrsgebrauch.

I. Die entwickelte Kultur bindet den Schuldner nicht nur an das Wort, sondern auch an die Treue des Wortes [122]). Das Wort des Verkehrs soll wahr sein, keiner soll den anderen betrügen (§ 7).

Dadurch wird der Verkehr auf einen höheren Stand erhoben, die menschliche Natur geläutert, zu gleicher Zeit aber auch das wirtschaftliche Leben gefördert; denn wenn auch der Einzelne durch Arglist sich selbst Vorteil verschafft, so beeinträchtigt und lähmt dies doch im Großen und Ganzen den Verkehr: der Vorteil des Einen ist hier der Nachteil der Allgemeinheit; wo kein Verlaß, da wird sich der Verkehr scheu zurückziehen, weshalb denn auch

---

[121]) Die Erleichterung der Schuldstellung ist ein wichtiges Kapitel in der Geschichte des Rechts, das sich zuerst in seinem welthistorischen Zusammenhang im Jahre 1882 in meiner (seinerzeit viel angegriffenen) Schrift über „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“ bei Shakespeares „Kaufmann von Venedig“ dargestellt habe. Die Anfechtung jener Schrift ist nur dem begreiflich, welcher die ganze Beschränktheit der Rechtsauffassung jener Zeit kennt. Jhering, dem die Rechts- und Kulturgeschichte ein fremdes Blatt war, führte in der Opposition den Reigen, andere sekundierten. Eine zweite Auflage des Werkes ist 1919 erschienen.

[122]) Vgl. dazu meine Schrift: Treue und Glauben im Verkehr (1893) S. 8f.

nur bei Völkern, die sich zur Wahrhaftigkeit emporgerungen haben, das wirtschaftliche Leben zur höchsten Stufe der Vollkommenheit gediehen ist (§§ 42, 86).

II. 1. Die Pflicht der Wahrhaftigkeit schließt aber das Geheimnis nicht aus, und zum Geheimnis über individuelle Dinge ist jeder berechtigt, sofern nicht diese individuellen Dinge selbst zum Gegenstand des Rechts werden. Diejenigen Umstände, welche jemanden veranlaßt haben, irgendeinen Vertrag abzuschließen, bleiben dem Geschäfte fern: sie bilden das berechtigte Geheimnis der Persönlichkeit. Dementsprechend entwickelt sich auch der Rechtsverkehr in der Art, daß alle diese Motive für den Bestand des Rechts unerheblich sind und die Rechtsfolgen sich ohne Rücksicht darauf entwickeln, welche äußerlichen und innerlichen Verhältnisse in der Person des Vertragsgenossen vorgekommen sind, die ihn zu dem Vertrag bestimmt haben.

2. Der Grund, warum dieses Geheimnis gewahrt werden soll, ist der gesunde Ichsinn, der ein Hauptmotiv des aufblühenden Verkehrs ist. Die eigenpersönlichen Antriebe sind viel stärker als die der Menschenliebe, und wollte man lediglich letztere walten lassen, so bliebe eine Menge von Aufgaben unerfüllt. Darum muß die Kultur einen gesunden Ichsinn walten lassen, und das Recht darf nicht zum Träger derjenigen Mächte werden, welche die Kultur lähmen und untergraben (§§ 41, 59, 106).

Deshalb hat jeder Vertragsgenosse das Recht des Geheimnisses in bezug auf seine Spekulation: das ist sein ihm eigener Vorzug, mit dem er in den Verkehr eintritt; es ist seine Spekulation, welche sich auf die Betrachtung der Tatumstände und auf die seelische Beurteilung der Menschen stützt und sehr häufig mehr Sache des inneren Gefühls und der inneren Anschauung als der bewußten Verstandestätigkeit ist. So braucht z. B. jemand, der eine Ware ankauft, weil er annimmt, daß an einem anderen Orte ein Bedarf vorhanden ist, und er sie dort mit Erfolg absetzen kann, diesen Umstand seinem Vertragsgenossen nicht mitzuteilen, ebensowenig den Umstand, daß er Nachrichten erhalten hat, welche eine Steigerung oder Verringerung des Preises erwarten lassen. Und wenn jemand sich klar macht, daß irgendwo eine Niederlassung vorteilhaft sei, und daraufhin Liegenschaften zusammenkauft, so braucht er seinem Vertragsgenossen weder den Grund mitzuteilen, noch auch ihm bekannt zu geben, daß er einen ganzen Güterkreis erwerben will.

III. Die Berechtigung des Geheimnisses gegenüber der Pflicht der Wahrheit ist die Schwierigkeit dieses Rechtsgebietes, und die Zweifel, die hier auftauchen, wird man dahin schlichten können, daß der Brauch des Verkehrs entscheidet für dasjenige, dessen Kundgebung man erwartet oder nicht erwartet; denn der gesunde Verkehr hat ein richtiges Gefühl dafür, was mitzuteilen man dem Vertragsgenossen zumuten kann, und was so vertraulich ist, daß es ungehörig wäre, eine Mitteilung zu verlangen.

Handelt es sich um das berechtigte Geheimnis, so wäre es sogar statthaft, einem Neugierigen gegenüber, der in ungehöriger Weise eindringen wollte, Notwehr zu üben und ihn mit Ausflüchten und unrichtigen Bemerkungen zurückzuweisen. Dies wäre dann keine Verletzung der Wahrheit, welche man im

Verkehr erwartet und zu erwarten berechtigt ist. Wenn Wahrheitsfanatiker, wie Kant, hiergegen Verwahrung einlegen, so zeigen sie damit nur, daß sie als Formalisten die Bedeutung der Menschenverhältnisse nicht erkannt haben.

2. Sorgfaltspflicht. — a) Begriff der Sorgfaltspflicht. — **§ 90.**

I. Entwickelung. II. Beurteilung vom allgemeinen Standpunkt.

I. Wo zwischen Schuldvertrag und Erfüllung eine Zwischenzeit besteht, ist die Zwischenzeit eine Art von Entwickelungsperiode, in welcher der Vertrag sich seinem schließlichen Vollbringen entgegenarbeitet. In diese Zeit hinein hat die Rechtsordnung aller Kulturvölker ein wichtiges Element gelegt. Sie hat denjenigen, in dessen Hand die Entwickelung liegt, zur Sorgfalt, d. h. zur wirtschaftlichen Behandlung der in seiner Hand befindlichen Sachgüter verpflichtet; und dies gilt sowohl da, wo die wirtschaftliche Entwickelungszeit in der regelmäßigen Natur des Vertragsverhältnisses liegt, als auch da, wo sie im einzelnen Falle willkürlich hineingetragen wird.

II. Der Verwahrer hat die Pflicht der Sorgfalt ebenso wie der Verkäufer beim Zeitkauf. Diese Bestimmung darf aber nicht, wie gewöhnlich, bloß vom individuellen Stande beurteilt werden, sondern vom allgemeinen Standpunkt menschlicher Kultur.

Es ist im Interesse der richtigen Vermögensbewegung, daß eine sorgfältige Behandlung der Lebensgüter stattfindet. Wenn die Rechtsordnung also in diesen Zwischenzeiten, in welchen sonst die Spannung der Verhältnisse leicht zur Versuchung führen könnte, die Schicksale der Erfüllungssache zu vernachlässigen, für die wirtschaftliche Behandlung der Lebensgüter sorgt, so hilft sie damit, die Lebensgüter zu wahren und zu schonen, ohne daß etwa dadurch eine peinliche Einmischung des Staates in die Privatverhältnisse stattfindet; denn Sache des Vertragsgenossen ist es, das Verhalten des anderen Teils zu überwachen.

b) Milderung der Sorgfaltspflicht. — **§ 91.**

I. Zwei Gesichtspunkte. II. Freigebigkeiten. 1. Allgemeines. 2. Schenkung. 3. Leihe. III. Familiäre Geschäfte: Mann und Frau, Vater und Kind, Vormund und Mündel, Gesellschaftsverhältnisse. IV. Verwahrungsvertrag. 1. Allgemeines. 2. Entgeltlichkeit.

I. In bezug auf diese Pflicht mußte das Recht allerdings Einiges zu- und abgeben. Nicht immer kann man jemandem alle Sorgfalt aufbürden, und namentlich kommen hier zwei Hauptfälle in Betracht, die innerlich begründet sind und darum auch unsere Kulturrechte ziemlich allgemein beherrschen.

II. 1. Wer dem andern Freigebigkeiten zuwendet, ist in bezug auf die geschuldete Sorgfalt milder zu behandeln; denn, würde er nicht freigebig handeln, so hätte der andere Teil gar nichts.

2. Insbesondere ist der Schenker in der Sorgfaltspflicht milder anzufassen und hat nur dann einzustehen, wenn er sich wirkliche Unvernunft zuschulden kommen läßt: man pflegt hier von grobem Verschulden zu sprechen.

Nun kann man immerhin das Schenkungs*versprechen* und die *Erfüllung* dieses Schenkungsversprechens *auseinanderhalten* und folgern, daß die Erfüllung des Schenkungsversprechens Erfüllung einer Pflicht, nicht eine neue Schenkung, sei; man könnte daraus schließen, daß der Schenker mit dem Schenkungsversprechen aufhöre, Schenker zu sein, und mithin für alle Sorgfalt einstehen müsse. Diese Zerteilung aber wäre eine Unnatur. Es ist unrichtig, zu sagen, daß der Schenker in dem Augenblick, in dem er sich verpflichtet hat, nicht mehr im Stande der Freigebigkeit sei; denn das Ganze ist eine Einheit, die nur durch juristische Technik in zwei Teile zerlegt wird. Darum wird das geläuterte Rechtsbewußtsein dahin gelangen, den Schenker auch nach erfolgtem Schenkungsversprechen gemäß den Grundsätzen der Freigebigkeit zu behandeln, und daraus ergibt sich von selber der obige Standpunkt.

3. Diese Betrachtung gilt von allen Freigebigkeiten, sie gilt besonders auch von der (unentgeltlichen) *Leihe*. Andererseits ist es bei der unentgeltlichen Leihe sehr begreiflich, daß man die *Haftung des Entleihers steigert*. Er verdankt den Sachgebrauch der *Guttat* des Verleihers.

Begreiflich ist, daß man in dem Vertrag die Gewähr erblicken kann, die entliehene Sache unter allen Umständen zurückzugeben; so hat insbesondere das frühere deutsche Recht gedacht, während das Justinianische und das heutige Recht einen Schritt zurückbleiben und den Entleiher nur für Sorgfalt haften lassen.

III. Ein zweiter Gesichtspunkt geht dahin: wo die Vertragsverhältnisse *familiärer* Natur sind, obwaltet nicht der Gesichtspunkt, daß Interesse und Interesse sich fremd entgegenstehen; sondern *jeder* handelt und wirkt für das *Gemeinsame* und so für das Ganze. Hier muß man einen jeden wirken lassen nach seiner Art und in seiner Weise. Die Familie kann den Familiengenossen *nicht als einen Fremden* betrachten und ihm *nicht zumuten, anders zu sein als er nach Natur und Wesen ist*; und daraus ergibt sich von selber der Satz, daß in solchen Fällen eine Pflichtstellung über das Maß dessen, was jemand in seinen eigenen Verhältnissen zu leisten pflegt, den Lebensverhältnissen nicht entspräche. Denn man kann von jemandem nur dann verlangen, sein eigenes Ich zu verleugnen, wenn er fremde Interessen trägt, nicht aber dann, wenn er in der Familie tätig ist. Daraus ergibt sich die Sorgfaltspflicht für *culpa in concreto* zwischen *Mann und Frau*, zwischen *Vater und Kind*, früher auch zwischen *Vormund und Mündel*, sodann die culpa in concreto in *Gesellschaftsverhältnissen*; denn diese sind aus familiärem Ursprung hervorgegangen.

Die Gesellschaften waren früher vielfach Gesellschaften von Familienmitgliedern oder von solchen, welche in die Familie aufgenommen wurden; und auch jetzt noch hat das Gesellschaftsverhältnis diesen Charakter, denn es wäre schlimm, wenn die besondere Treue und das besondere Vertrauen und die Innigkeit des Lebensverkehrs unter den Gesellschaftern wiche: eine Gesellschaft, die nicht so angelegt ist, hat den Keim des Verfalls in sich (§ 110).

IV. 1. Bedeutungsvoll für unsere Frage ist es auch, daß manche Vertragsverhältnisse erst *allmählich* aus *tatsächlichen*

Beziehungen erwachsen sind. Dahin gehört insbesondere dasjenige, was wir Verwahrungsvertrag nennen.

Oftmals kam es vor, daß der Eine beim Anderen irgend einen Gegenstand niederlegte, den er augenblicklich nicht brauchen konnte, und der Andere gestattete dies. Ursprünglich war dies nicht so gedacht, daß der Andere den Gegenstand verwahren solle, sondern ihm lag es nur ob, ihn in seinem Gewahrsam zu dulden und sich der Unterschlagung zu enthalten, ebensogut wie ein jeder Dritte. Erst allmählich entwickelte sich daraus zu gleicher Zeit eine Pflicht des Verwahrers, die Sache zu behüten und die nötigen Vorkehrungen zu treffen, damit der Gegenstand erhalten bleibe. Namentlich mußte dies hervortreten beim Unterbringen von Tieren, die gefüttert und gepflegt werden mußten, beim Unterbringen von Pflanzen usw. So hat sich dann allmählich der Verwahrungsvertrag entwickelt; aber begreiflich blieb die Pflicht des Verwahrers auch nach dieser Zeit immer eine geminderte, und man ließ ihn nicht für alle Sorgfalt haften.

2. Doch mußte die Sorgfaltspflicht mehr angezogen werden, wenn die Verwahrung entgeltlich ist und die Gestalt eines Dienst- oder Werkvertrages annimmt: dann ist kein Grund vorhanden, den Verwahrer milder zu behandeln, als diesen Vertragstypen entspricht.

c) Verschärfung der Sorgfaltspflicht. — § 92.

I. Allgemeines. II. Gleichwert als Versicherungsprämie. III. 1. Vermeidung von Ausflüchten. 2. Haftung bis zur höheren Gewalt. Höchstbetrag.

I. Vielfach ist in der Rechtsgeschichte aber auch das Bestreben hervorgetreten, die Pflichtstellung des Schuldners zu verschärfen. Diese Bestrebungen hängen mit der wirtschaftlichen Lage zusammen und haben einen verschiedenen Sinn.

II. Wenn bei gegenseitigen Verträgen der eine Teil eine Gefahr übernimmt, so wird er sich durch einen Gleichwert in der Gegenleistung schadlos halten, und dieser Gleichwert wird eine Art von Versicherungsprämie sein, die er entweder für sich bezieht oder die er wiederum einem andern gibt, damit dieser die Versicherung für die Gefahr übernehme. Dies sind allerdings Gedanken, die erst später hervortreten, nachdem die Versicherungsidee eine größere Bedeutung gewonnen hat.

Eine solche Gefahrtragung ist besonders für große Betriebe geeignet, die bei ihrer Kapitalkraft die Schwere einer solchen Last weniger empfinden und als berufen gelten können, hierdurch an der Ausgleichung menschlicher Verhältnisse mitzuwirken; so insbesondere für Eisenbahnen und sonstige große Unternehmungen.

III. 1. Anderseits kann die Erstreckung der Haftung auch den Sinn haben, daß man die vielfachen Ausflüchte des Schuldners, welcher sich auf Zufälle beruft und seine Fahrlässigkeit ableugnet, vermeiden will. Mit anderen Worten: die Bestimmung kann eine jener Pauschalbestimmungen sein, deren Bedeutung es ist, die feinere Entwickelung der Rechtsverhältnisse dann zu vergröbern, wenn sie unpraktisch würde und an der Unvollkommenheit menschlicher Erkenntnis scheitern müßte (§ 30).

2. So ist vielfach die Änderung herbeigeführt worden, daß der Schuldner nicht bloß für Fahrlässigkeit, sondern allgemein einsteht, und sich etwa nur mit der Berufung auf höhere Gewalt entschuldigen kann. Ob das Eine oder Andere besser ist, hängt wesentlich von den Verhältnissen des Lebens ab, also insbesondere auch davon, ob der Nachweis der Schuldlosigkeit leicht oder schwer zu führen ist, und ob die hierdurch dem Schuldner auferlegte schwerere Lage in gerechter Weise durch einen Gleichwert vergütet werden kann, ob eine Versicherung (§§ 29, 107) möglich ist usw. Ein Mittelsystem ist es, wenn man in einem solchen Falle dem Schuldner eine Gefahrspflicht aufbürdet, aber nur bis zu einem bestimmten Betrage, so daß er nicht über Gebühr belastet wird.

IV. Lösung der Schuldverhältnisse — § 93.

I. Dauernde und vorübergehende Verbindlichkeiten. Erlöschensarten: Befriedigung (Erfüllung), Deckung. II. Besonderheiten. 1. Wahlerfüllung (Geldeswert). 2. Erlöschen von selbst. 3. Ersatzerfüllung: a) Erfüllungsvertrag; b) Anweisung; c) Aufrechnung.

I. Die Schuldverbindlichkeiten können dauernde sein, wie namentlich die Pflicht zu einer Unterlassung, oder wie die Verpflichtung zu einem stets wiederkehrenden Tun, z. B. zur Zahlung einer fortdauernden Rente; sie können aber auch vorübergehend sein und durch einen augenblicklichen Akt erlöschen, welcher Akt gerade das Wesentliche des Schuldverhältnisses darstellt: das Schuldverhältnis stirbt dann gerade in dem Augenblick seiner höchsten Blüte, es stirbt, wenn erreicht worden ist, was es der Menschheit verschaffen wollte. Die Schuld ist hier prinzipiell auf das Erlöschen eingerichtet, sie erlischt entweder durch die Tätigkeit des Schuldners, durch Befriedigung, und eine Hauptart der Befriedigung ist die Erfüllung, d. h. die Leistung dessen, was den Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet; oder sie erlischt durch Tätigkeit des Gläubigers: durch Deckung[123]).

II. Rechtsphilosophisch ist nur folgendes hervorzuheben:

1. Die Erfüllung muß dem Schuldverhältnisse entsprechen. Es geht nicht an, daß der Schuldner dem Gläubiger etwas Anderes aufdrängt als das, was er schuldig ist. Natürlich kann aber im einzelnen Falle das Schuldverhältnis so gestaltet sein, daß die Rechtsordnung dem Verpflichteten die Wahl gibt, die eine oder andere Sache zur Erfüllung zu geben; z. B. wenn der Schuldner

[123]) Über diese Begriffe, die ich zuerst ausgestaltet habe, vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R., Schuldrecht S. 183, 185, 205.

Geld liefern soll, so kann die Rechtsordnung zulassen, daß er an Stelle des Geldes Geldeswert hingibt: dann ist eben das Schuldverhältnis so geartet, daß die Geldschuld noch keine reine Geldschuld ist; so überall in den Zeiten, wo die Naturalwirtschaft noch nicht völlig in die Geldwirtschaft übergegangen ist.

2. Unter Umständen muß das Schuldverhältnis von selbst erlöschen, wenn sein Zweck anderwärtig erfüllt ist, z. B., wenn derjenige, der eine Leistung erlangen soll, sie durch Schenkung eines Dritten erwirbt [124]).

3. Die Art der Erfüllung der Schuld ist ursprünglich unwandelbar durch den Inhalt der Schuld gegeben. Allmählich regt sich auch hier der menschliche Geist: es entsteht:

a) der Erfüllungsvertrag, wonach die Parteien vereinbaren, daß etwas, was nicht Erfüllung ist, als Erfüllung dienen soll;

b) die Anweisung, wonach die Empfangsperson vertauscht und durch einseitige Erklärung des Gläubigers bestimmt wird, daß die Leistung an einen Andern dieselbe Wirkung haben soll, wie die Leistung an den Gläubiger;

c) die aus der Anweisung hervorgegangenen Deckungsarten: Aufrechnung oder Kompensation mit ihren weiteren Ausläufern (Skontration und Kontokurrent) [125]).

V. Bekräftigung der Schuldverhältnisse

1. Pfandrecht. — a) Ältere und jüngere Auffassung des Pfandrechts. — § 94.

I. Ältere: Pfand als Befriedigungsobjekt. II. Jüngere: Pfand gewährt nur Mittel zur Befriedigung. III. Unterschied: Gefahrtragung. IV. Überbleibsel.

I. Das Pfandrecht kann in zweierlei Weisen aufgefaßt werden und hat sich auch in zwei grundverschiedenen Formen im Rechte der Völker gestaltet. Der Pfandgegenstand kann als Befriedigungsobjekt dienen, so daß mit der Pfandhingabe die Forderung des Gläubigers ihre Erledigung findet. Allerdings ist jetzt noch keine Endgültigkeit eingetreten, denn jedenfalls hat der Schuldner noch die Befugnis, das Pfand einzulösen, und bis diese Einlösungsfrage erledigt ist, bleibt die Angelegenheit in Schwebe; allein dies hindert nicht, daß der Gegenstand, abgesehen hiervon, Befriedigungsobjekt ist.

1. So wenn das Pfand dahin zielt, daß die Sache mit der Zeit von selbst in das Eigentum des Gläubigers fallen soll: der Eigentumsübergang erfolgt, sobald die Einlösungsfrist verstrichen ist.

---

[124]) Lehrb. d. Bürgerl. R., Schuldrecht S. 220.
[125]) Vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R., Schuldrecht S. 60, 185, 208, 219.

2. Auch umgekehrt kann sich das Pfandverhältnis gestalten, indem sofortiger Eigentumserwerb eintritt und die Einlösung diesen Eigentumserwerb rückgängig macht.

3. Noch etwas anders entwickelt sich die Sache, wenn der Gläubiger nach Verstreichen der Einlösungsfrist das Pfand zwar behalten darf, aber für den Zuvielwert der Sache dem Schuldner eine Ausgleichung gewähren soll. Überall ist hier die Hingabe des Pfandes im Grunde Befriedigung der Forderung.

II. 1. Diese Gestaltung leitet über zu der zweiten Grundauffassung, wonach die Hingabe des Pfandes nicht Befriedigung ist, sondern nur ein Mittel zur Befriedigung gewähren soll; wenn hier der Gläubiger das Pfand zu Geld macht und sich damit deckt, so ist der Gedanke der, daß nicht die Hingabe des Pfandes die Schuld tilgt, sondern erst der Erwerb der aus dem Pfande erworbenen Geldmittel. Während vorhin die Sache mit den gleichsam in ihren Adern enthaltenen Werten den Gläubiger deckt, so daß nachher höchstens noch eine Ausgleichung zu erfolgen hat, so ist hier die Versilberung notwendig, um die Befriedigung zu ermöglichen.

2. Diese letzte Gestaltung der Sache ist die überwiegende geworden und hat das heutige Recht so erfaßt, daß man an die frühere Art meistens gar nicht denkt, sondern erst durch die rechtsvergleichenden Studien daran erinnert wurde. Zwar finden wir noch im germanischen Rechte diese erstere Gestaltung ganz deutlich vertreten; allein die Germanisten vermochten es bisher nicht, sie unter ein größeres Prinzip unterzubringen.

III. 1. Der praktische Unterschied beider Auffassungen ist der: nach dem Befriedigungsgrundsatz trägt der Gläubiger sofort die Gefahr, und wenn die Sache untergeht, so kann er nicht etwa die Forderungssumme noch einmal von dem Schuldner verlangen; denn durch Hingabe der Sache ist die Forderung erloschen, ebenso wie durch Zahlung. In der Sache hat der Gläubiger seine Befriedigung, und wenn das Befriedigungsobjekt untergeht, so hat er diesen Verlust ebenso zu tragen, wie wenn nach erfolgter Zahlung das Geld untergeht, das erfüllungsweise gegeben worden ist.

2. Ganz anders nach der zweiten Anschauung. Denn wenn auch der Gläubiger ein Mittel hat, um sich zu befriedigen, so hat er damit noch nicht die Befriedigung. Geht dieses Mittel unter, so muß ihm der Schuldner andere Befriedigungsmittel gewähren. Die Möglichkeit der Befriedigung ist noch nicht die Befriedigung selbst. Hier kann höchstens der Gesichtspunkt eintreten, daß der Gläubiger, dem der Pfandgegenstand übergeben wurde, ein Verwahrer des Pfandes ist und wie ein Verwahrer haftet, und diese Haftung kann dann mehr oder minder ausgedehnt sein, je

nachdem man ihn als entgeltlichen oder unentgeltlichen Verwahrer betrachtet (§ 91); sachgemäß ist natürlich, ihn als entgeltlichen Verwahrer anzusehen, da die Pfandbestellung zu gleicher Zeit in seinem Interesse erfolgt.

IV. Obgleich man heutzutage regelmäßig diesen letzten Standpunkt eingenommen hat, so sind von dem früheren Prinzip doch noch immer einige Sätze geblieben, so beispielsweise die Regel unseres Konkursrechts, daß, wer ein Pfand hat, nicht mehr seine ganze Forderung, sondern nur den Ausfall im Konkurs anmelden darf, und ferner die Vorschrift des Zivilprozesses, daß, wer ein Pfandrecht hat, nicht gegen den Schuldner vollstrecken darf, sofern ihm die Pfandsache genügende Befriedigung gewährt, u. a.

b) Besitzpfand und Nichtbesitzpfand. — § 95.

I. Unterschied. II. 1. Zuerst Besitzpfand vorwiegend. Vorteile. Nachteile. 2. Nutzpfand. III. 1. Nichtbesitzpfand. Hypotheca. Satzung. 2. a) Nachteile der Verschleierung. b) Öffentlichkeit. 3. Beförderung des Leichtsinns. 4. Veräußerung statt Verfall.

I. Eine zweite wichtige Einteilung des Pfandes ist die in Besitzpfand und Nichtbesitzpfand. Das Besitzpfand bekommt der Gläubiger in sein Gewahrsam, so daß er nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich gedeckt ist. Beim Nichtbesitzpfand bleibt der Schuldner im Gewahrsam der Sache, und der Gläubiger ist mehr oder minder auf die Redlichkeit des Schuldners angewiesen.

II. 1. Es ist begreiflich, daß in den ersten Zeiten das Besitzpfand vorwiegt, da die Mittel des Rechtes schwach und das Vertrauen im Verkehr noch wenig befestigt ist. Dieses Besitzpfand empfiehlt sich aber auch noch außerdem durch den Umstand, daß hierdurch eine gewisse Veröffentlichung eintritt und die Pfandbestellung äußerlich ersichtlich wird. Dagegen hat es den großen Nachteil, den Schuldner des Gebrauchs und der Benutzung der Sache zu berauben: dies kann möglicherweise zur vollständigen Stockung seiner Wirtschaft führen. Man denke sich z. B., daß ein landwirtschaftliches Gerät verpfändet werden soll, ohne welches die Wirtschaft gar nicht zu führen ist. Und dieser Nachteil ist nicht nur ein Nachteil des Schuldners, sondern ein allgemeiner volkswirtschaftlicher Nachteil; denn da der Schuldner nicht benutzen kann und der Gläubiger nicht benutzen wird, möglicherweise auch gar nicht in der Lage ist, zu benutzen, so ist die ganze Benutzung der Sache einfach unmöglich gemacht, und die Volkswirtschaft entbehrt der Nutzkraft von oft sehr bedeutenden Werten.

2. Die Nutzkraft der Sache kann allerdings auch beim Besitzpfand zur Geltung kommen, wenn das Pfand ein Nutzpfand ist,

d. h., wenn die Sache der Benutzung des Gläubigers anheimgestellt wird.

Dies hat aber nur dann einen Sinn, wenn der Gläubiger eine Wirtschaft hat, in der das Pfand dienen kann; wodurch die abstrakte Wertnatur des Pfandes und damit einer seiner Hauptvorzüge verkümmert wird. Doch in früheren Zeiten, in welchen die Wirtschaft der einzelnen Volksgenossen einander recht ähnlich war, ließ sich dies eher erreichen; insbesondere, wo der Landbau vorwiegt, ist es recht angemessen, wenn das verpfändete Grundstück dem Gläubiger zur Nutzung übergeben wird, in welchem Falle sich eben seine Landwirtschaft auf das verpfändete Grundstück mit erstreckt. Dieses Nutzpfand hat eine große Rolle gespielt und hat dazu gedient, das Geld fruchtbar zu machen und die Folgen des Zinsverbotes abzuschwächen: der Gläubiger bekam die Benutzung der Sache, indem die Erträgnisse statt der Zinsen dienten, oder indem diese Erträgnisse ganz oder teilweise vom Kapital abgingen (Zinssatzung, Todsatzung)[126]) (§ 105).

III. 1. Immerhin kann, wie bemerkt, das Besitzpfand für die Wirtschaft eine schwere Bedrängnis werden; denn der Schuldner muß des Gutes entbehren, während er das Kapital gerade zu dem Zwecke will, um die Wirtschaft seiner Güter zu steigern. Dies hat zur Entstehung des *Nichtbesitzpfandes* beigetragen, d. h. zu einer Pfandgestaltung, bei der der Schuldner die Pfandsache in Besitz behält und der *Gläubiger* nicht tatsächlich, sondern nur *rechtlich gedeckt* ist.

In Zeiten der strafferen Staatsentwickelung, wo eine Treuwaltung des Schuldners rechtlich gesichert ist, werden sich dieser Pfandart keine übergroßen Hindernisse in den Weg stellen, und so entwickelte sie sich im Morgenland wie in Griechenland und Rom und wie in Deutschland. Es ist die griechisch-römische hypotheca und die deutsche neuere Satzung. Die Konstruktion war allerdings nicht dieselbe: das orientalisch-römische Recht legte die Gewalt in die private Sphäre des Gläubigers, das deutsche Recht rief die öffentliche Macht herbei, indem der Gläubiger mit Hilfe des Staates die Sache zur Vollstreckung bringt.

2. a) Allerdings hat diese Gestaltung auch ihre bedeutenden *Nachteile*, weil hierdurch die Vermögensverhältnisse mehr als bisher *verschleiert* werden: Niemand weiß, was verpfändet ist und was nicht, und auf diese Weise entsteht ein wildes *Durcheinander* von Rechtsverhältnissen, aus dem man sich schließlich nur durch den Satz befreien kann, daß in der Hand des *gutgläubigen Erwerbers* die Pfandsache vom Pfande *frei* wird. Aber auch die Vermögensverhältnisse des Schuldners werden immer unsicherer.

---

[126]) Über das Nutzpfand, mit dem die Pandektologie sehr wenig anzufangen wußte, und welches im deutschen Recht meist verkehrt konstruiert wurde, habe ich gehandelt in meinen pfandrechtlichen Forschungen (1882). Ich habe es dort (in bezug auf Grundstücke) auch für das moderne Recht empfohlen (S. 256); aber die Redaktoren des BGB. haben nicht darauf gehört: jetzt ist man in großer Verlegenheit, weil das Institut unentbehrlich ist. Vgl. Recht und Persönlichkeit S. 139.

Derjenige, der als gut gestellt gilt, ist vielleicht schon ganz übermäßig mit Pfändern überhäuft; das eine Übel zieht das andere nach sich, und weil sich jeder Gläubiger so viel als möglich zu decken trachtet, so wird sich ein jeder mehr oder minder ein Pfand am ganzen Vermögen zu verschaffen suchen: auf solche Weise werden die wirtschaftlichen Verhältnisse verworren und unsicher.

b) Daraus suchte man sich durch die Einführung der Öffentlichkeit zu helfen, also durch allgemeine Bekanntmachung, aus der jedermann klar ersehen konnte, wie es mit den Kreditverhältnissen des Schuldners stehe. Dieses hat sich denn auch im Liegenschaftsverkehr sehr gut bewährt, und so ist man zu der öffentlichen Kundgabe der Hypotheken gelangt, in Ägypten, Griechenland, später auch in Deutschland und in anderen germanischen Ländern. Dagegen fand diese Veröffentlichung weniger Eingang bei beweglichen Pfändern. Man hat hier zwei Systeme angewandt: entweder gilt auch hier das System öffentlicher Bücher, das aber nur dann genügen kann, wenn es sich um bewegliche Sachen von einer gewissen Stetigkeit handelt, wie z. B. um Grundstücks- oder Fabriksgeräte; oder es gilt das System der „Bezeichnung" der Pfandsache, durch Versiegelung usw.

3. Ein anderer Nachteil des Nichtbesitzpfandes läßt sich allerdings damit nicht ausgleichen: es befördert den Leichtsinn des Schuldners und führt ihn dahin, daß er seinen Kredit überspannt und alles verpfändet, was zu verpfänden ist, da er einstweilen keinen Nachteil erfährt und das „schlimme Ende" erst nachkommt.

4. Das Nichtbesitzpfand konnte verfallen, so daß es unter bestimmten Umständen in das Eigentum des Gläubigers kam (verwirkt wurde); an Stelle dessen trat die Veräußerung unter Zuteilung des Erlöses an den oder die Gläubiger nach ihrer Rangfolge [127]).

c) Meliorationen. — § 96.

I. Bei Eigentum Ausscheidbarkeit nötig. II. Bei Wertrechten Zufallen des entsprechenden Teilerlöses.

I. Eine neuere Entwickelung drängt nach Folgendem: Man kann die Sache unterscheiden in die ursprüngliche Sache und in die, welche sie geworden, nachdem eine Besserung eintrat: hier spricht man von Meliorationen. Zu einem besonderen Eigentum kann die Melioration nur dann werden, wenn sie sachlich ausscheidbar ist, wie z. B. ein auf Grund und Boden hergestellter Bau.

---

[127]) Das Nähere gehört der Darstellung des Bürgerlichen Rechts an. Vgl. auch Einführung 5. Aufl. S. 54, Enzyklop. 2. Aufl. II. S. 62; Wirtschaftliches über das Hypothekenwesen s. in Recht und Persönlichkeit S. 133 f.

Wenn aber beispielsweise durch Bewässerung oder Entwässerung der Boden an Wert gewonnen hat, so lassen sich die Verbesserungsbestandteile von den übrigen nicht absondern: die Verbesserung ist hier kein äußerlicher Zusatz, sondern eine innerliche Umänderung.

II. Dagegen können Wertrechte sich allerdings der Verbesserung bemächtigen, freilich nicht in der Art, daß solche Rechte einen besonderen Bestandteil der Sache umfaßten, während ein anderer Bestandteil beiseite bliebe, wohl aber in der Art, daß bei Ausübung des Wertrechts derjenige Teil des Erlöses, welcher der Verbesserung entspricht, dem Wertberechtigten zufällt. Dies ist der Fall bei den Meliorationshypotheken, und es zeigt sich auch hier die Vorzüglichkeit des Wertrechts, das viel beweglicher ist und den Interessen der Menschheit viel mehr entgegenkommt, als das starre Substanzrecht (§ 55) [128].

2. Bürgschaft. — § 97.

I. 1. Ursprünglich Haftungsübernahme mit Vertretbarkeit. 2. Entstehung aus Familiengesamthaftung. 3. Auslösung des Bürgen als Sinn der Bürgschaft. II. Entwickelung: 1. Die Bürgschaft verstirbt mit dem Bürgen. 2. Neuer Bürge oder Wiedereintritt des Schuldners. 3. Doppelhaftung. 4. Vorausklagung. 5. Verlangen des Bürgen, gegen den Schuldner vorzugehen.

I. 1. Die Bürgschaft war ursprünglich eine Haftungsübernahme (Geiselschaft), indem der Schuldner entweder sofort oder dann, wenn er Not litt, durch Eintreten eines neuen Haftlings ausgelöst wurde. Erst später änderte sie ihren Charakter dahin, daß an Stelle der Haftungsübernahme eine Kreditzusage trat. Das Prinzip der Haftungsübernahme beruht auf dem Gedanken der Vertretbarkeit, indem die eine Persönlichkeit für ebenso geeignet gilt, wie die andere, um durch die Schuldhaft die Macht des Gläubigers zu heben. Dies gilt sowohl für Schuldverhältnisse wirtschaftlicher Art, als auch für Strafschulden, indem an Stelle des Schuldigen ein Strafbürge eintritt: auch hier besteht der Gedanke der Gleichwertung, beruhend auf der strafrechtlichen Anschauung jener Zeit, welche die Bestrafung durchaus nicht notwendig mit dem Täter verknüpfte, sondern auch andere Personen in die Sühnung hineinzog.

2. Bürgschaft zu leisten galt insbesondere als Sache der Familienangehörigen; sie ist hervorgegangen aus der ehemaligen Gesamthaftung der Familie: wo früher die Familie kraft des Gesetzes für den einen haftete, da tritt diese Haftung dann ein, wenn der Familienangehörige sich für seine Familiengenossen zur Haftung erbietet.

---

[128]) Recht und Persönlichkeit S. 138.

3. Die Bürgschaft ist natürlich nicht darauf angelegt, daß der Bürge selber die Mißlichkeiten zu erdulden hat, sondern es ist verstanden, daß er regelmäßig durch den Schuldner (oder den Schuldigen) ausgelöst wird. Den Bürgen nicht auszulösen, ist eine schwere Treuverletzung, und wer sich dessen schuldig macht, hat nicht nur die schwere Ahndung der Gesellschaft auf sich, sondern man gestattet dem Bürgen, gegen ihn in scharfer Weise vorzugehen. Dieser sogenannte Rückgriff spielte sich allerdings in früherer Zeit meist im Schoße der Familie ab, und der Staat kümmerte sich ursprünglich wenig darum, weil die Familie in ihrem eigenen Kreise Ordnung hielt und von sich aus die Rücksichtslosigkeiten und Pflichtverletzungen ahndete.

II. 1. Die Bürgschaft war eine Haftung der Person. Sie war keine Verkehrsschuld, sondern ein persönliches Eintreten für einen andern; daher der Satz: die Bürgschaft verstirbt mit dem Bürgen; sie geht nicht auf die Erben über. Das führte nun aber zu schweren Mißständen; denn der Schuldner war durch die Bürgschaft vom Gläubiger befreit, und der Gläubiger verlor nunmehr auch den Bürgen.

2. Daher entwickelte sich notwendig der Satz, daß in solchen Fällen der Schuldner einen neuen Bürgen aufstellen oder selbst in die Schranke zurückkehren mußte; und damit erfuhr das Institut eine durchgreifende Umänderung. Solange die Schulden noch für kurze Zeit eingegangen waren, wird dieser Umstand entweder gar nicht hervorgetreten sein oder keinen tiefgreifenden Einfluß ausgeübt haben; als aber langgestreckte Schuldverhältnisse entstanden, mußte man für den Gläubiger in der angegebenen Weise sorgen, und daher bildete sich von selber der Satz: durch die Bürgschaftsstellung wird der Hauptschuldner zwar einstweilen befreit, aber er muß wieder eintreten, wenn die Bürgenhaftung zerfällt.

3. Aus dieser bedingten Weiterhaftung des Schuldners wurde dann allmählich die unbedingte, und so kam es, daß der Gläubiger jetzt sowohl den Schuldner als auch den Bürgen als Haftende unter sich hatte — etwas, was nach den Anschauungen der älteren Zeit unmöglich gewesen wäre; denn diese ging von dem Grundsatze aus: eine Schuld, ein Haftender.

4. Allmählich trat der Schuldner als Weiterhaftender so hervor, daß manche Rechte den Bürgen vollständig in die Rückstellung gebracht haben, so daß er überhaupt nur haftet, wenn der Schuldner in irgendeiner Weise versagt. Die sogenannte Rechtswohltat der Vorausklagung (beneficium excussionis), wonach der Bürge verlangen kann, daß der Gläubiger zuerst bei dem Schuldner seine Deckung suchen soll und den Bürgen nur dann belästigen darf, wenn dieser Versuch fehlschlägt, ist aller-

dings ein recht dürftiges und kreditwidriges Institut und führt dazu, daß die Sicherung des Gläubigers bedeutend Not leidet; denn diese Kreditsicherung soll dem Gläubiger nicht nur für die Vollständigkeit, sondern auch für die Leichtigkeit seiner Befriedigung die nötige Gewähr bieten: zum flotten Kredit gehört nicht nur, daß der Gläubiger bezahlt wird, sondern daß er sofort und ohne Mühe und Not zum Ziele gelangt.

5. Und noch etwas Weiteres kommt in Betracht: der Gläubiger will vielfach den Bürgen nicht nur als zahlungsfähigen, sondern auch als zahlungswilligen Menschen, er will eine Persönlichkeit, von welcher er keine Hemmung und keine Schikane zu befürchten hat. Daher ist auch der vielfach aufgetauchte Gedanke, daß der Bürge vom Gläubiger verlangen kann, den Hauptschuldner rechtzeitig zu betreiben, damit dieser nicht zahlungsunfähig werde, vollkommen dem Sinne der Einrichtung zuwider; denn hierdurch wird dem Gläubiger gerade ein Hauptvorteil entzogen, den ihm die Bürgschaft gewähren sollte: er wird gegen den Schuldner gedrängt, was er gerade vermeiden wollte. Richtig ist in solchem Falle nur, dem Bürgen zu gestatten, gegen den Schuldner vorzugehen, wenn Gründe vorliegen, welche seine Sicherheit in Frage stellen.

3. Gesamtschuldnerschaft. — § 98.

I. Sachliche und persönliche Gewähr zugleich. Wahl bei Inanspruchnahme. II. Gesamtschuldnerschaft mit nur vermögensrechtlicher Gewähr.

I. Die Gesamtschuldnerschaft bietet eine große Gewähr; nicht nur, daß hierdurch das Vermögen sämtlicher Gesamtschuldner dem Gläubiger unterworfen wird, und dieser in der Lage ist, nötigenfalls auf dem Wege der Zwangsvollstreckung über die Habe sämtlicher Gesamtschuldner zu verfügen, sondern auch die Personen sämtlicher Gesamtschuldner werden ihm dienstbar gemacht, was in den Zeiten der Personalhaft von großer Wirksamkeit war. Aber auch heutzutage ist dies nicht bedeutungslos geworden aus dem oben angeführten Grund, daß beim Kredit nicht nur die Zahlungsfähigkeit, sondern auch die Zahlungswilligkeit der Person und ihre Stellung in der Gesellschaft in Betracht kommt und die Sicherheit, daß man hierdurch von kleinlichen Ausflüchten und Zahlungsweigerungen verschont bleibt. Auf diese Weise ist es von sehr großer Bedeutung, wenn der Gläubiger mehrere Schuldner für dieselbe Leistung hat, und wenn er hierdurch in der Lage ist, nicht nur das Vermögen der mehreren für sich in Anspruch zu nehmen, sondern auch die Eigenart der Persönlichkeiten in Rechnung zu ziehen. Eine Grundbedingung für das Gedeihen des Gesamtschuldverhältnisses ist es daher, daß der Gläubiger die

Wahl hat, welchen Gesamtschuldner er in Anspruch nehmen will, und daher nicht etwa genötigt ist, die Forderung unter sämtliche Schuldner zu teilen, wie dies manche Rechte bestimmt haben.

II. Allerdings ist auch eine Gesamtschuldnerschaft minderen Grades denkbar, wo das persönliche Element ganz zurücktritt und nur die vermögensrechtliche Gewähr bestehen bleibt.

In einem solchen Falle hat es Sinn, wenn man verlangt, daß der Gläubiger seine Forderungen unter alle zahlungsfähigen Gesamtschuldner verteilen solle, und bei Massenverpflichtungen, wie z. B. bei Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, hat dieses System seine besondere praktische Bedeutung, da hier eine regelmäßige Gesamthaftung der einzelnen Genossen über das Ziel schießen und zu einer Belästigung, ja zu einer vermögensrechtlichen Vernichtung der Einzelnen, führen würde. Hier ist es passend, die Gesamtschuldnerschaft in der Art abzuschwächen, daß die Schuld auf die zahlungsfähigen Genossen umgelegt wird.

Zweites Kapitel

Schuldrechte im Einzelnen

I. Tauschverkehr

1. Sachentauschverkehr. — a) Allgemeines.

α) Grundlagen und Entwickelung des Tauschgeschäfts. — § 99.

I. Grundlagen. 1. Wertvergleichheitlichung. 2. Seelische Umstände. II. Entwickelung. 1. Tausch Zug um Zug. 2. Umwandlung in Kauf. 3. Bedeutung der Arbeitsteilung.

I. 1. Das Tauschgeschäft beruht auf dem Gedanken der Wertvergleichheitlichung. Der eine gibt etwas und erhält etwas zurück, und zwar in der Art, daß das Verhältnis von Hin- und Gegengabe nicht zufällig ist, sondern das eine zu dem andern im wirtschaftlichen Verhältnis der Wertvergleichheitlichung steht; das „tertium comparationis" der beiden Leistungen ist die Gleichheit ihres Wertes.

2. Bei dem Tausch ist nicht nur das Bedürfnis von Wichtigkeit, sondern es kommen dabei noch ganz andere, und zwar hauptsächlich seelische Umstände, in Betracht, vor allem das menschliche Abwechslungsbestreben, das gerade bei Völkern mit geringer Selbstbeherrschung und geringer geistiger Kultur sehr stark entwickelt ist.

Das Beste und Schönste wird dem Menschen nach einiger Zeit verleidet, und er will etwas Anderes. Sodann kommen die seelischen Bedürfnisse ästhetischer oder quasi ästhetischer Art zur Geltung. Der Mensch will das-

jenige, was glänzt und gleißt, was gerade seinem Schönheits- oder vielmehr seinem innigen Sehnsuchtsbedürfnis entspricht. Die oft ganz unberechenbare Vorliebe für einen Gegenstand, die unabmeßbaren Regungen, die den Menschen nach dem einen oder anderen leiten, haben hier den größten Einfluß[129]).

II. 1. Der Tausch ist zunächst ein Tausch Zug um Zug, so namentlich auch der Tausch zwischen verschiedenen Völkern, der sich als Geheimhandel entwickelt: Händler des einen Volkes legen die Waren an der einen Stelle nieder, das andere Volk seine Waren an der anderen; jedes holt stillschweigend die Tauschware ab — eine Verfahrensweise, die bei der Schutzlosigkeit des Fremden begreiflich ist und doch eine gewisse Sicherheit in sich trägt; denn wo einmal nicht reell gehandelt wird, bleiben die Händler aus. Später wird der Außenhandel ein offener Handel, wenn der Fremde im Land wenigstens zeitweise seinen Schutz findet[130]). Aber auch der Binnenhandel geschieht Zug um Zug. Der Gedanke, eine gegenwärtige Sache zu geben gegen zukünftige Leistung, setzt bereits einen auf die Zukunft gerichteten wirtschaftlichen Geist voraus, den die Völker ursprünglich gar nicht besitzen, viele Völker auch gar nicht erlangen (§§ 28, 85, 105).

2. Auch wenn sich der Tausch in Kauf umwandelt, kann man sich von der Idee des Zug um Zug nicht so leicht loslösen. Will man daher etwas kaufen, das man erst später bezahlen soll, so tut man es in der mittelbaren Weise, daß man den Kaufpreis „konstruktiv“ zahlt und dann wieder als Darlehn zurückerhält. Auf solche Weise verbindet man zwei Geschäfte miteinander, die dann allmählich in eines übergehen: die konstruktive Zahlung wird gar nicht mehr beachtet, und die Rückzahlung des Darlehens als ein Teil des ursprünglichen Kaufgeschäfts behandelt.

3. Wenn man behauptet hat, daß der Tausch aus der Arbeitsteilung hervorgegangen sei, so ist dies eine Übertreibung. Die Arbeitsteilung hat natürlich das Tauschbedürfnis gesteigert; denn wenn früher die Möglichkeit bestand, daß der Einzelne seinen Bedarf und seine Sehnsuchtsgegenstände sich selber verschaffte, so ist es nunmehr unmöglich, seitdem der Einzelne sich in der Erzeugung auf ganz bestimmte Waren beschränkt. Richtig ist nur, daß, während sonst das Tauschbestreben mehr oder minder auf Zufälligkeit beruht, es hier durch die ganze Einrichtung der wirtschaftlichen Erzeugung geboten ist (§ 64).

---

[129]) Dies haben die Dilettanten der Völkerkunde gänzlich übersehen. Man denke an den berühmten Fall Proudhons vom Neger, der für ein paar Korallen seine Frau hingibt.

[130]) Vgl. Alb. Hellwig, Asylrecht der Naturvölker S. 35 f.

β) Ziel des Tauschgeschäfts. Bildung des Tauschwerts. — **§ 100.**

I. Ziel: Eigentumsverschaffung. II. Bildung des Tauschwerts.

I. Der Tausch hat sein Ziel erreicht, wenn jeder seine Ware nicht nur in Besitz, sondern in Eigentum erworben hat. Der bloße Besitzerwerb kann nicht dienen. Wer nicht Eigentümer ist, kann nicht verfügen und steht zu dem gekauften Gegenstand nicht in der Beziehung der Herrschaft, welche der Einzelne an den Naturgegenständen erwerben soll. Daraus ergibt sich von selbst, daß, solange die Ware nicht sein Eigentum geworden ist, das Ziel des Tausches nicht erreicht wurde. Hierzu kommt noch, daß der Erwerb fremder Gegenstände ein Einbruch in das fremde Eigentum ist und darum ethisch schweren Tadel verdient: der systematische Kauf fremder Sachen wäre nichts anderes, als eine fortgesetzte Hehlerei und würde am Marke des Eigentums zehren. Daher entspricht nur diejenige Behandlung des Tausches der Ethik, bei welcher auf der einen Seite der Eintauscher verlangen kann, Eigentümer zu werden, und auf der anderen Seite ein jeder Teil sich dagegen wehren darf, eine fremde Sache zu geben oder eine fremde Sache zu nehmen.

Hat daher der Verkäufer etwa unbewußt eine fremde Sache verkauft, so darf man ihm trotz seines Vertrages nicht zumuten, die Sache herauszugeben: denn er kann erklären, daß er die Unredlichkeit nicht fortsetzen, sondern die Ware dem Eigentümer zurückgeben will [131]). Anders ist es natürlich, wenn man sich über eine fremde Sache verständigt unter Voraussetzung der Zustimmung des Eigentümers und in der Erwartung, diese Zustimmung zu finden.

II. 1. Der Wert als Tauschwert wird durch eine große Reihe gesellschaftlicher Umstände bestimmt: den Bedarf des Gegenstandes, das Bestreben, ihn zu erlangen, die größere oder geringere Häufigkeit der feilgehaltenen Exemplare, die größere oder geringere Schwierigkeit der Beschaffung, die größere oder geringere Seltenheit, welche durchaus nicht bloß auf den Arbeitsbedingungen, sondern namentlich auch auf den Naturverhältnissen beruht: alles dies wird auf den Wert einwirken und es veranlassen, daß die Sache, obgleich die in ihr geleistete Arbeit dieselbe ist, in ihrer gesellschaftlichen Bedeutung das eine Mal eine viel größere Rolle spielt, als das andere.

2. Der Wert als Tauschwert ist daher nicht gleich dem Gebrauchswert, denn es ist nicht der Wert, der durch den Bedarf des Einzelnen, sondern der Wert, welcher durch die gesell-

---

[131]) Daß das römische Recht hier das Entgegengesetzte lehrte, ist eine Ungeheuerlichkeit, die geschichtlich zu begreifen ist; weniger begreiflich ist es, daß man sie, meinen Aufstellungen entgegen, noch rechtsphilosophisch zu rechtfertigen versucht hat. Vgl. meine Abhandl. im Arch. f. Bürgerl. Recht, Bd. XXX S. 164 (auch in 12 Studien z. BGB. II S. 53); vgl. auch schon Gesammelte Abhandlungen S. 224 (1883 bzw. 1877).

schaftliche Funktion des Gegenstandes im Gesamtverkehr bestimmt wird. Unter Wert in diesem Sinne versteht man die Höhe der wirtschaftlichen Bedeutsamkeit eines Artikels, welche sich ergibt durch den Vergleich mit anderen Waren und ihren wirtschaftlichen Betätigungen. Unrichtig ist es auch (in Marxscher Weise), zu sagen, daß der Wert stets der in der Sache enthaltenen Arbeit entspräche (§ 16).

b) Wesen und Entstehung des Geldes.

α) Wesen des Geldes. — **§ 101.**

I. Reiner Wertvertreter. II. Nicht Sonderbefriedigungsmittel.

I. Der Nerv des Tauschhandels ist, wie bemerkt, die Wertvergleichheitlichung. Gesteigert wird dieser Vergleichheitlichungsgedanke mit dem Augenblick, in welchem Gegenstände geschaffen werden, welche nicht mehr als eigenpersönliche Bedarfsbefriedigungsmittel gelten, sondern lediglich und allein den Charakter von Wertvertretern haben sollen. Während sonst der Wert ein X bildet, welches in dem Gegenstande A und dem Gegenstande B unsichtbar enthalten ist, so tritt hier der Wert offen hervor; der Wert ist nicht mehr ein X, sondern eine bestimmt hervortretende Größe, ein W, und die Wertfrage wird durch das Vorhandensein solcher Wertvertreter wesentlich geklärt. Auf diese Weise entsteht das Geld.

II. Dies ist nun nicht nur für die Bewertung der Dinge ein ungeheurer Fortschritt, indem man alle Sachen in der Bewertung auf die Geldeinheit zurückführt, also wie wenn man etwa die verschiedenen Brüche unter einen Nenner bringt, sondern damit hängt noch ein Zweites zusammen, was die bedeutendsten Folgen hat, daß nämlich der Wertvertreter Geld nicht ein bloßes Sonderbefriedigungsmittel menschlicher Zwecke ist.

Wenn jemand, welcher den Gegenstand A hingeben möchte, den Gegenstand B sucht, so muß er sich in den Zeiten des Tauschverkehrs einen suchen, der zu gleicher Zeit A haben möchte und zugleich in der Lage ist, B wegzugeben; m. a. W.: der Verkehr hängt bezüglich A und bezüglich B von Zufälligkeiten ab; denn der Kauf kommt nur zustande, wenn der Eine den Gegenstand A aus- und den Gegenstand B eintauschen und der Andere den Gegenstand A ein- und den Gegenstand B austauschen will. Das ist natürlich ein mächtiges Hemmnis und wird den Tausch an schwere Bedingungen knüpfen und zu gleicher Zeit auch viele Menschenkraft in Anspruch nehmen, bis man eine Gelegenheit gefunden hat, wonach Beides zusammentrifft. Diese Zufälligkeit nun soll möglichst ausgeschaltet werden, und das Mittel ist das Eintreten des Geldes: wenn jemand den Gegenstand A weggeben und den Gegenstand B erwerben will, so braucht er nur einen solchen zu finden, der den Gegenstand A haben will und der ihm dafür den Wertvertreter Geld gibt. Mit diesem Wertvertreter kann er nun einen Anderen aufsuchen, der den Gegenstand B weggeben will, und auf solche Weise wird es leicht werden, für den Gegenstand A den Gegenstand B zu erwerben. Hier ist die Zufälligkeit nur

eine einseitige: es ist nur die Zufälligkeit, daß jemand den Gegenstand A erwerben will, und die weitere Zufälligkeit, daß irgend ein Anderer den Gegenstand B weggeben will. Diese zwei einfachen Zufälligkeiten sind natürlich viel leichter gegeben als die vereinigte Zufälligkeit. Wenn die einfache vielleicht in 50 Prozent der Fälle eintritt, so die vereinigte Zufälligkeit in 10 Prozent.

β) Entstehung des Geldes. — § 102.

I. Unvollkommene Wertträger. II. Wertaufbewahrungs- und zerteilungsmittel. III. Metall- und gemünztes Geld. IV. Scheinhaftes Geld. Scheidemünze. Papiergeld.

I. Damit das Geld entsteht, müssen sich im Verkehr Dinge bilden, die möglichst allgemein gebräuchlich sind, und zwar mit Gebrauchswertung ziemlich gleichheitlichen Grades. Dann wird sich allmählich die Sitte einbürgern, daß man eine Ware gegen einen solchen allgemeinen Gebrauchsgegenstand hingibt, der viel mehr im Verkehr kreist, als irgend ein anderer. Wird es üblich, daß man, anstatt unmittelbar seinen Bedarf einzutauschen, zuerst einen solchen Gegenstand sucht, dann wird mehr und mehr der eigenpersönliche Gebrauchszweck der allgemeinen Tauschsache zurücktreten und diese mehr und mehr in ihrer Stellung als Wertträger zur Geltung kommen, bis man schließlich gar nicht mehr an die Gebrauchsfähigkeit dieses Gegenstandes denkt, sondern ihn nur als Wertvertreter, als das Zwischenmittel des Verkehrs in Betracht zieht. Solche Gegenstände sind bei Jagdvölkern hauptsächlich Tierfelle, die jedermann braucht, bei Viehzuchtvölkern vor allem Viehstücke.

Die einzelnen Tierarten werden hier eine allgemeine Wertbedeutung gewinnen, Kleinvieh wird einen bestimmten Wert, Großvieh einen bestimmten anderen Wert darstellen, und indem man dabei Tiere mittlerer Güte in Betracht zieht, kommt es auf die Besonderheit der einzelnen Stücke nicht an. Dies wird bei Hirtenvölkern noch dadurch gefördert, daß der Gemeindehirte das Vieh eines ganzen Ortes in seiner Hut hat, so daß die Übertragung einfach dadurch geschieht, daß man die Tiere umzeichnet, also die für den A gekennzeichneten Tiere mit dem Zeichen des B versieht.

II. Allerdings wird diese Verwendung der Tiere wiederum Unvollkommenheiten zeigen, denn man will schließlich, daß das Geld nicht nur ein Wertvertreter, sondern auch ein Wertaufbewahrungsmittel und ein Wertzerteilungsmittel sei. Dies setzt Stetigkeit und Ständigkeit voraus; daher verläßt man den Brauch der Tierstücke, und das Geld wird Fellgeld und Ledergeld. Manche Völker bedienen sich darum auch mit Vorliebe der Muscheln und anderer stetiger Wertgegenstände. Das Wertmittel soll aber auch die Möglichkeit haben, den Wert in jeder Größe und Kleinheit darzustellen; denn wenn man die Gegenstände A, B, C austauscht, welche auf verschiedener Wertstufe stehen, so muß das Wertmittel so geeigenschaftet sein, daß man

damit den Wert für A, B, C darstellen kann. Dies ist aber nur dann angänglich, wenn eine gewisse Zerteilung stattfinden kann, was bei Tieren nicht der Fall ist, dagegen bei Leder, auch bei Muscheln, bei denen man eine größere oder geringere Anzahl auf Schnüren zieht.

III. Alle diese Eigenschaften aber haben die Metalle in viel größerem Maße, und daher kommen die Völker, wenn sie überhaupt Metalle besitzen, von selber dazu, alle anderen Wertvertreter beiseite zu lassen und sich allein des Metallgeldes zu bedienen: natürlich zunächst des Erzgeldes und dann, wenn die Gold- und Silberproduktion entsprechend gesteigert ist, auch dieser Metalle. Die Wertzerteilung bei den Metallen setzt aber voraus, daß man ständig mit einer Wage versehen ist, um gerade die Menge abzumessen, die dem Werte gemäß sein soll, bis endlich die neue Idee entsteht, auf einem Metallstück den Metallinhalt zu beurkunden, und zwar mit einer Beurkundung, welche allgemeinen Glauben findet; und so entsteht das gemünzte Geld. Das gemünzte Geld hat zwei Momente: es ist Wertvertreter an sich, und es ist Wertvertreter mit einem öffentlich beurkundeten Metallinhalt.

IV. 1. Auf diese Weise erlangen die öffentlichen Anstalten, welche solche Beurkundungen ausstellen, einen ungeheuren Einfluß auf das Geld. Jetzt wird aber auch mehr und mehr der Gedanke auftauchen, die Scheinhaftigkeit an Stelle der Wirklichkeit treten zu lassen.

Der Staat wird falsche Urkunden ausstellen, er wird Geld prägen mit einer unrichtigen Wertbezeichnung, welche höher ist als der wahre Wert des Geldstückes. Geschieht diese Scheinhaftigkeit geheim und zur Täuschung des Volkstums, dann führt sie zur Zerstörung des öffentlichen Vertrauens. So oft sie in dieser Weise angewendet wurde, hat sie stets mit einer Periode der Zerrüttung geendet.

2. Anders verhält es sich mit den eingestandenen Scheinhaftigkeiten, wenn die Aufschrift nicht besagen soll, daß das Geldstück einen bestimmten Metallgehalt habe, sondern nur, daß es gelten solle, wie wenn es diesen Gehalt hätte. Auf solche Weise entsteht auf der einen Seite die Scheidemünze, auf der anderen Seite das Papiergeld.

c) Aufgabe des Zwischenhandels. — § 103.

Immerhin, auch nach Entstehung des Geldes bleibt noch eine Zufälligkeit übrig, und auch diese weitere Zufälligkeit möglichst auszuschalten, ist die Aufgabe des Zwischenhandels, der darin besteht, daß jemand Gegenstände erwirbt, ohne sie zu brauchen, daß er sie erwirbt in der Erwartung, daß andere sie von ihm kaufen. Er erwirbt sie also auf Vorrat, ohne daß die Zufälligkeit des Brauchens vorläge.

Das wird zur Folge haben, daß, wenn jemand den Gegenstand A veräußern will, er nicht einen Menschen zu suchen braucht, der diesen Gegenstand bedarf, sondern sich an diese Zwischenhändler wendet; und umgekehrt, wenn er den Gegenstand B haben will, so braucht er sich nicht an einen Menschen zu wenden, der gerade zufällig einen Gegenstand B übrig hat und weggeben möchte, sondern er wendet sich an den Zwischenhändler, der, ohne daß ein Bedarf seinerseits vorläge, den Gegenstand B gegen Geld weggibt. Auf diese Weise tritt auch hier der Kulturfortschritt darin hervor, daß man den Zufall möglichst beiseite schiebt und der Schwierigkeiten, welche Natur und Gesellschaft uns entgegentürmen, Herr wird (§ 29). Daß auch hier Mißbräuche möglich sind und der Zwischenhandel zur unberechtigten Verteuerung der Ware führen kann, ist eine Unvollkommenheit des Instituts.

2. Werttauschverkehr. — a) Wesen des Kapitalgeschäfts. — **§ 104.**

Wie im Sachenrecht ein Wertrecht neben dem Substanzrecht (§ 55), so gibt es im Schuldrecht einen Werttausch, indem ein Wert, ein Geldwert gegen einen Geldwert gegeben wird. Da aber Wert und Wert an sich gleichheitlich ist, so hat hier der Tausch nur dann geschäftliche Realität, wenn er mit zeitlicher Verschiebung erfolgt: der eine gibt den Wert heute und erhält ihn später zurück; dies hat eine große Bedeutung, denn wesentlich ist, den Wert gerade zu bestimmter Zeit zu haben: das alogische Element der Zeit ist wirtschaftlich von mächtigem Einfluß (§ 28). Das Kapitalgeschäft ist daher ein Geschäft, welches einen gegenwärtigen Wert gegen einen zukünftigen (zukünftig zu erstattenden) Wert austauscht.

b) Zinslehre.

α) Herrschaft des Zinsverbots. — **§ 105.**

I. Gründe des Verbots. 1. Ursprünglich Not nicht Gegenstand des Erwerbs. 2. Später: a) Zukünftiges nicht Verkehrsgegenstand. Mittelalterliche und orientalische Ideen. b) Steigerung der Einzelarbeit. II. Umgehungen. Nutzpfand. Rentenkauf. III. Kommendageschäft.

I. 1. In innigster Verbindung mit der Benutzung des Kapitals steht die Lehre vom Zins. Im Leben früherer Völker, wo die Werterzeugung regelmäßig eine landwirtschaftliche ist und wenig bewegliches Kapital vorkommt, wird das Darlehn fast immer verzehrender Natur sein: es wird gegeben entweder in Augenblicken der Not oder in Augenblicken des Leichtsinns. Hier ist es begreiflich, daß man es als bedränglich ansieht, vom Nachbarn und Stammesgenossen nicht nur das Kapital, sondern auch noch etwas Weiteres zurückzuverlangen. Man soll seinen Nächsten unterstützen, aber nicht die Not noch zum Gegenstand des Erwerbs machen; und wenn man ihn in seinem Leichtsinn unterstützt, so soll man sein Tun so einrichten, daß es möglichst wenig zu seinem Unheil gereicht. Dies ist der Ursprung der Be-

stimmung, welche das Zinsennehmen, d. h. den Wucher, verbietet. Das Verbot entspricht den Zeiten einer geringen Verwendbarkeit des beweglichen Kapitals.

2. Es hat sich aber fortgesetzt in späteren Verkehrszeiten: hierbei waren zwei Hauptmotive tätig:

a) Einmal ein spekulatives, der Gedanke, daß das Zukünftige noch eine Null ist und nicht zum Gegenstand der Vertragsvereinbarung werden kann; das Zukünftige gilt bei den Völkern noch nicht als Gegenstand des Verkehrs, so auch nicht der zukünftige Kapitalgewinn (§§ 28, 85, 99), und dieser noch weniger: denn wenn die Naturfrüchte in gewissem Grade durch die Natur von selbst entstehen, so verlangt der Kapitalgewinn die spekulative Tätigkeit des Geldleihers: ihr und nicht dem Kapital spricht man den Gewinn zu. So entwickelt sich der Gedanke von der Unfruchtbarkeit des Geldes, den die Scholastiker des Mittelalters so reichlich ausgesponnen haben.

Der Gedanke, daß das Zukünftige noch ein leeres Blatt ist und außerhalb unserer Herrschaft steht, ist insbesondere tief orientalisch, und daraus erklärt sich auch das orientalische Verbot der Geschäfte mit künftigen Werten als sündhaft[133]), denn man gibt hier einen gegenwärtigen Wert und bekommt dafür das Zukünftige, das einstweilen von der Rechtsordnung gar nicht anerkannt wird: die Zufälligkeit des Werdens ist groß, und mit Zufälligkeiten gibt sich das Morgenland nicht ab. Wenn man auch mit dem Gelde Vorteil erwirbt, so ist dies nur die Folge künftigen erwerbenden Tuns, und diese Folge kann einstweilen nicht berücksichtigt werden; da sie mithin außer Berücksichtigung bleibt, so darf dafür auch kein Gegenwert geleistet werden, daher wären die Zinsen eine Vergütung für ein Nichts. Hieraus ist auch zu verstehen, daß im Morgenland das Verbot des Zinsennehmens mit dem Verbot der Geschäfte über zukünftige Sachen verbunden ist und beides als ein Institut erscheint (§§ 28, 85, 99).

b) Ein zweiter Leitsatz aber war der innewohnende Trieb, die Einzelarbeit zu steigern und es zu verhüten, daß der Einzelne sich mit den Erträgnissen seines Hauptgutes zur Ruhe setzt; insofern hat das Verbot des Zinsennehmens lange Zeit sehr günstig gewirkt.

Die Notwendigkeit, mit dem Kapital Arbeit und Sorge zu verbinden, um sein Einkommen daraus zu schöpfen, ist für gewisse Zeiten charakteristisch. Sie hilft bei Völkern, die zum regelmäßigen Erwerb erzogen werden sollen, dazu, den Hang zur Arbeit heranzubilden und es zu verhüten, daß der Geldstrom des Gewinnes den Menschen überwältigt und er nur so lange arbeitet, bis er aus seinen Zinsen in Ruhe leben kann. Wer bewegliches Kapital hat, muß es selber zu verwerten suchen, im Landbau oder in der Industrie oder im Handel: die Teilung von Kapital und Arbeit, wie heutzutage, konnte sich nicht vollziehen. Wer aus dem Hauptgut leben wollte, mußte sich um die Folgen des Hauptgutes kümmern und konnte nicht einfach die abstrakten Zinsen einziehen ohne Rücksicht auf dasjenige, was mit dem Hauptgute geschah.

---

[133]) Über diese orientalische Anschauung von der Sündhaftigkeit der Zukunftsgeschäfte vgl. Z. f. vgl. R. VI S. 235, XII S. 34.

II. 1. Man versuchte aber, das Zinsverbot zu umgehen. Eine Art der Anlage war insbesondere das Nutzpfand, indem der Geldmann für das hingegebene Kapital irgendein Grundstück in Besitz nahm; die Fruchtziehung war ihm erlaubt: dies waren keine Zinsen, es waren Ergebnisse der Benutzung des Grundstücks, und für das Grundstück hatte er sein Kapital gegeben (§ 95).

Allerdings wurde auch dies allmählich beargwöhnt, und der Gedanke, daß der Kapitalist eigentlich die Früchte auf das Hauptgut aufrechnen sollte, ließ sich schwer abweisen; und so kam es, daß man, wenn es streng genommen wurde, mit der Zeit auch diese Art der Kapitalverwendung als wucherisch erklärte.

2. Ein anderes Geschäft dieser Art war der Rentenkauf, der darin bestand, daß man für das Kapital ein ewiges Geld aus einem Grundstück bekam. Der Kapitalist konnte sein Geld nicht zurückverlangen, dagegen gestattete man es dem Schuldner, die Renten einzulösen: die Renten galten nicht als Zinsen, denn zur Zinsschuld gehört eine Hauptschuld. Daß man allerdings auch dieses Geschäft vielfach beargwöhnte, ist begreiflich.

3. Doch auch durch diese beiden Maßnahmen konnte man das Zinsverbot nicht ohne Weiteres umgehen; denn der Nutzpfandgläubiger mußte sich immerhin mit der Bodenkultur befassen, und wer ein Kapital auf ewige Rente lieh, konnte nimmer gedeihen, wenn er nicht den Rentenzahler und die Schicksale seines Grundstückes im Auge behielt; und mehr als einmal wurde es nötig, daß er für die weitere Kultur des Grundstücks Sorge trug, um nicht selber Schaden zu leiden.

III. Somit mußte der Kapitalist selbst tätig sein und das Geschäft in die Hand nehmen, wenn er aus seinem Gelde Früchte ziehen wollte. Aber er konnte sich einen Genossen zugesellen, der die Haupttätigkeit vollzog, so daß er mehr nur der kontrollierende Zuschauer war. Dies ist das Kommendageschäft, das sich im Morgen- und Abendlande gleichmäßig entwickelt hat und das darin besteht, daß der Kapitalist einem Handeltreibenden Geld zuwendet, und der Gewinn beiderseits geteilt wird.

So war das Gesellschaftsleben eine Ablenkung, und es war möglich, aus dem Kapital Früchte zu ziehen, auch wenn man die wirtschaftliche Arbeit einem Anderen überließ. Eine gewisse Kontrolle, eine gewisse Mitsorge, war allerdings auch hier dem Kapitalisten anzuempfehlen, und auch heutzutage noch ist einer, der sein Vermögen in Aktien angelegt hat, seiner Aufgabe nicht gewachsen, wenn er sich um die ganze Angelegenheit nicht kümmert und nicht mindestens an der Generalversammlung teilnimmt oder sonst die Geschäftsführung überwacht (§ 112).

β) Wegfall des Zinsverbots. — § 106.

I. Steigerung des Erwerbstriebs. II. Idee des Schadensersatzes. III. Gesetzlicher Zinsfuß. Marktzins.

I. 1. Dies wird anders, sobald der Erwerbstrieb so sehr

gesteigert ist, daß auch der Kapitalist immer mehr haben will und Schätze aufzuhäufen sucht.

So sehr die stoische Philosophie derartiges Tun verachten mag, so sehr man vom Standpunkt der menschlichen Glückseligkeit dem Einzelnen entgegenhalten kann, daß er durch Mäßigung des Erwerbstriebes sein Heil eher erreiche, so sehr wird doch das Streben nach Erwerb und die Sucht, in welcher der Eine den Anderen überbietet, herrschend werden. Die Folge wird ein vielleicht fieberhaftes Hasten und Jagen sein, damit aber auch ein Antrieb, die Kapitalkräfte nach allen Seiten hin auszunutzen.

2. In diesem Stadium der Entwickelung wird nun auch der Kapitaltausch von der größten Bedeutung werden, denn jetzt handelt es sich darum, daß das Kapital an denjenigen kommt, der damit am meisten auszurichten vermag, und dieser Kapitaltausch setzt natürlich das Zinsennehmen voraus. Es hat sich bei allen Erwerbsvölkern als eine Notwendigkeit erwiesen, und das Zinsverbot wurde entweder unmittelbar übertreten oder in jeder erdenklichen Weise umgangen; es hatte sich überlebt und konnte nicht mehr weiterbestehen.

Wer sich des Kapitals entäußern soll, nur um es erst nach einiger Zeit wieder zurückzuerlangen, der wird darin kein vorteilhaftes Geschäft finden: die Menschenliebe mag ja dazu führen; aber die Menschenliebe ist meist eine lahme Feder, welche nicht im Vergleich steht mit der ungeheueren Schnellkraft des Ichsinnes, und deshalb muß alles, was einen gesunden Ichsinn fördert, insofern auch als kulturbringend erkannt werden, und so auch das Zinsennehmen (§§ 41, 59, 89).

II. Ein Gesichtspunkt ist es, der noch dazu beigetragen hat, das Zinsverbot zu Fall zu bringen: dem spekulativen Satz von der Unfruchtbarkeit des Geldes hat man den anderen Satz entgegengehalten, daß, wer des Kapitals entbehren muß, Schaden leidet, weshalb eine Entschädigung gerecht sei und dem Gleichklang der Interessen entspreche. Und so hat man gefolgert: wenn auch der Zins nicht gerechtfertigt ist vom Standpunkt des Geldnehmers, so ist er doch gerechtfertigt vom Standpunkt des Geldgebers; denn es ist nicht angängig, von diesem zu verlangen, daß er das Hauptgut einfach und ohne Gleichwert entbehre und damit der Vorteile entsage, die ihm das Hauptgut brächte; und so haben auch die Kanonisten schon vor langer Zeit die Zulässigkeit des Zinses anerkannt. Heutzutage herrscht darüber auch in kirchlichen Kreisen kein Zweifel mehr [134]).

---

[134]) Vgl. auch Molina de justicia: Si is, qui mutui dat, mutui occasione privetur lucro aliquo, quod usu rei illius erat percepturus, aut damnum aliquod incurrat, nos non negare ratione talis lucri cessantis aut damni emergentis licite posse accipere ultra sortem condignam compensationem (II 304, 7). Commodum non est ex pecunia, nisi ut subest industriae et periculo mutuatarii; nefas autem est mutuanti accipere pretium pro fructu industriae alterius (II 304, 12).

III. Vielfach entwickelt sich im Völkerleben das System, daß für die Zinsen Taxen bestimmt werden: man spricht hier von einem gesetzlichen Zinsfuß. Dies ist aber keine Einzelerscheinung; sie steht auf derselben Stufe, wie die Tatsache, daß für den Kauf von Lebensmitteln, für Dienstverträge und andere Dinge Taxen bestimmt werden; und der Gedanke ist hier: wo immer der Verkehr sich nicht selber regelt, da muß er durch feste Bestimmungen geregelt werden, damit nicht die drängende Lage von den Mitmenschen ausgenutzt und hierdurch das Leben in unbillige Zufälligkeiten hineingestürzt wird. Ebenso verhält es sich nun auch mit dem Kapitalbedürfnis; denn es dauerte lange Zeit, bis der Kreditverkehr sich so geordnet hatte, daß die Kreditgewährer durch ihren gegenseitigen Wettbewerb die Kreditpreise auf ein billiges Maß herabdrückten: erst hierdurch entstand ein gewisser mittlerer Marktzins, der von selber maßgebend wurde und dem Geldbedürftigen aus Zwangslagen und schweren Bedrängnissen heraushalf.

Derartige Zustände währen sogar sehr lange, und daher ist es begreiflich, daß die Festlegung eines Zinsfußes eine überaus verbreitete und Jahrhunderte dauernde Einrichtung war. Auch hier handelt es sich nicht etwa um eine Verkehrtheit oder um eine Maßregel des wirtschaftlichen Unverstandes, sondern es handelt sich um bestimmte Zustände der menschlichen Kultur, welche die Völker durchmachen mußten, und deren eigenartige Bedürfnisse eine eigenartige rechtliche Gestaltung erforderten.

3. Gefahrtauschverkehr [135]). — § 107.

I. Grundgedanken der Versicherung. II. Erstreckung des Gedankens: Lebens-, Unfall-, Haftpflichtversicherung.

I. 1. Eine ganz geniale Idee des germanischen Rechts ist es gewesen, auch die Gefahr mit in den Verkehr hineinzuziehen, die Gefahr gleichsam zu vergegenständlichen und zum Objekte des Austausches zu machen. Die Gefahr, die der Eine trägt, kann der Andere übernehmen, und dafür wird diesem eine Gegenleistung gegeben. Das wäre an und für sich ein Tausch wie gewöhnlich, aber die geniale Behandlung der Sache besteht darin, daß die Gefahr im Massenverkehr etwas Anderes darstellt, als die Gefahr im Sonderleben. Der Einzelne hat zu gewärtigen, daß möglicherweise die Gefahr zum Ausbruch gelangt, und dann ist er vollständig niedergestreckt und sein Dasein vernichtet. Die Gefahr im Massenverkehr aber ist eine Ausgleichsgefahr, weil von den vielen Fährnissen regelmäßig nur die eine oder die andere zum Durchbruch gelangt, so daß, wer im Massenverkehr Gefahren übernimmt, ziemlich sicher sein kann, nur einen beschränkten Prozentsatz dieser Gefahren bestehen zu müssen. Nun werden alle die Einzelnen, welche

---

[135]) Vgl. §§ 29, 92 und meinen Aufsatz in d. Z. f. Versicherungswiss. X (1910) S. 631 f.

Unfälle zu befürchten haben, sich bereit finden, einen entsprechenden Gegenwert zu leisten, wofür der Empfänger die Gefahr übernimmt und in den Fällen, in denen die Gefahr zum Ausbruch gelangt, den Beschädigten beschädigungslos macht, d. h. ihm den Schaden vergütet.

Dieser ist also gegen eine verhältnismäßig beschränkte Leistung der Einzelnen in der Lage, alle diese Versicherungen zu übernehmen; so ist der Einzelne, welcher die Unfälle befürchtet, gegen eine nicht übermäßige Summe gedeckt, und die im Massenverkehr hervortretende Erscheinung, daß von allen Gefahren nur ein beschränkter Prozentsatz zum Unheil führt, kommt dem Einzelnen zugute.

2. Der ganze Versicherungsgedanke hat heutzutage einen ungeheuren Aufschwung genommen und gehört mit zum Eckpfeiler unserer modernen Kultur; denn alle Güter erlangen durch die Versicherung, wenn auch nicht in ihrem Dasein, so doch in ihrem Werte eine Stetigkeit, die ihnen sonst völlig abgeht. Die Folge wird natürlich auch eine größere Beruhigung des Vermögens sein, eine größere Sicherheit in der Spekulation, eine größere Gesundung aller Verhältnisse und die Möglichkeit, sich vollständig den Zwecken und Zielen der Menschheit zu widmen.

II. Daß man schließlich auch noch die Lebensgefahr, den frühen Tod und alles, was damit zusammenhängt, mit in das Recht hineingezogen hat, daß man auf solche Weise die Möglichkeit gab, die Hinterbliebenen zu sichern, daß man auf solche Weise auch in das Familienleben eine größere Beruhigung brachte, daß man dahin gelangte, Vermögensmassen, die sonst für den Bedarf der Familie festgelegt waren, zu befreien, ist eine großartige Weiterbildung des Gedankens. Dazu kommt heutzutage noch die Fülle von Unfall- und Haftpflichtversicherungen, welche es allein erträglich machen, daß man sich den verschiedenen Fährlichkeiten des neuzeitlichen Lebens aussetzt und daß man die Haftung für Dritte übernimmt und der Menschheit für Verstöße von Personen aufkommt, deren man sich bedient.

4. Diensttauschverkehr. — a) Dienstvertrag im Allgemeinen. — § 108.

I. Früheste Zeit. II. Moderner Charakter.

I. Die früheste Zeit kennt nur Familien- und Sklavendienste; die Arbeiten des agrarischen Lebens besorgen Familiengenossen und Sklaven.

Allerdings mußten sich bei den schwankenden Bedürfnissen des Landbaus gewisse Ungleichheiten herausstellen, die man zu ebnen hatte. So kam man dazu, Sklaven zu vermieten, d. h. in Dienst zu geben; sodann haben die Eltern ihre Kinder, endlich hat der Einzelne sich selbst verdungen. Gewisse Gemeindedienste, wie die Dienste des gemeinsamen Hirten, gehen in frühere Zeiten zurück. Das ganze Altertum aber kam von der Idee nicht los, daß die körperliche Arbeit etwas Sklavenmäßiges sei, das den Arbeiter zur vermieteten Arbeitsmaschine herabwürdigt (§§ 18, 69, 85).

II. Die moderne Zeit hat die Würde der Arbeit erkannt, welche auch in ihrer körperlichen Form der Kultur dient, und hat

unter Abwerfung des Sklavengedankens die Vorstellung zum Siege gebracht, daß auch der Arbeiter ein von menschlichen Zwecken erfülltes und den Kulturaufgaben dienendes Wesen ist. Aus dieser Vorstellung bildete sich der Dienstvertrag, d. h. der Vertrag eines freien Menschen mit einem freien Menschen, wonach der eine als Dienstleistender eine gewisse Arbeit oder ein gewisses Arbeitsergebnis übernimmt, wofür ihm von der anderen Seite eine Vergütung zuteil wird. So wurde die Arbeit geheiligt und dem Arbeitenden eine menschenwürdige Stellung eingeräumt. Deswegen ist der Arbeitsherr verpflichtet, dafür zu sorgen, daß dem Arbeiter Gefahren für Leib, Gesundheit, Ehre möglichst erspart bleiben, und auch dem Dienstleistenden sind gewisse feste Rechte gegeben, die ihm nicht verkümmert werden dürfen: hier muß die Vertragsfreiheit brechen, dem Arbeiter muß ein bestimmter Kreis von Freiheiten erhalten bleiben; namentlich ist ihm die Möglichkeit zu gewähren, das Verhältnis zu lösen, wo immer Umstände eintreten, infolge deren die weitere Dienstleistung mit seiner Ehre und mit seiner Eigenschaft als menschliches Wesen unerträglich wäre.

b) Arbeitsvertrag. — § 109.

I. Wesen. Arbeitsordnung. II. Arbeiter- und Unternehmerstand. Genossenschaftliche Verbände und Eigenvergesellschaftung der Arbeiter (Arbeitsbedingungen, Lohnkämpfe, Einigungsämter, Schiedsgerichte).

I. Eine besondere Gestaltung nimmt das Verhältnis an, wo die Unternehmer jeweils eine ganze Gruppe von Arbeitern um sich sammeln. Hier entsteht ein genossenschaftliches Verhältnis unter den Arbeitern eines und desselben Unternehmens; dieses muß anerkannt und geregelt werden: die Arbeiter bilden eine große Familie, und unter ihnen muß eine für alle gleichmäßig umfassende Arbeitsordnung bestehen.

II. Finden sich solche Arbeitsgruppen bei verschiedenen Unternehmern, so wird sich ein eigener Arbeiterstand entwickeln, welcher gegenüber dem Stande der Unternehmer teilweise verschiedene, teilweise wieder gleichartige Interessen hat; ein Verhältnis, welches zu Konflikten führen kann, die aber immer wieder ausgeglichen werden müssen, soll der Volkswohlstand nicht schwer darunter leiden; ein Verhältnis ferner, welches die erhaltenden Kräfte der Wirtschaft besonders wachruft; denn Gesundheit und Wohlsein einer so großen Bevölkerungsklasse ist ein öffentliches Interesse. Daher:

1. Hier wird es besonders angemessen sein, für Einrichtungen zu sorgen, welche das Wohl des Arbeiters fördern und außerdem unter den Arbeitern eine Art genossenschaftlichen

Verband knüpfen (Krankenkassen, Pensionskassen usw.). Die nähere Ausstellung dieses Punktes gehört dem Gewerberecht an: es ist dieses ein gutes Stück Kulturrecht, das sich seit dem 18. Jahrhundert mit dem Fabrikwesen entwickelte.

2. Den Arbeitern kann die Eigenvergesellschaftung, worin sie dem Kapital als geschlossene Macht entgegentreten, nicht verwehrt werden; sie sind nun nicht mehr die wirtschaftlich Schwächeren und können im freien Vertragsangebot auch ihrerseits Bedingungen machen. Dies führt

a) dahin, daß die Arbeiter durch ihre genossenschaftlichen Vertreter mit den Fabrikanten bestimmte Arbeitsbedingungen vereinbaren, so daß die Einzelverträge sich dieser Norm fügen müssen, ja sich automatisch von selbst fügen [136]).

b) Es führt zu gegenseitigen Lohnkämpfen, die sich auf der einen Seite in Arbeitsausschließungen (Aussperrungen) und auf der anderen Seite in Arbeitseinstellungen (Ausständen, Streiks) [137]) entladen. Hier ist es Sache der Rechtsordnung, Maßregeln zu treffen, daß diese Kampfweisen sich in geregelten Bahnen bewegen und nicht zur Störung der allgemeinen Ordnung und zu Rechtswidrigkeiten gegen den Kampfgegner führen. Damit ist der Wirkungskreis der Allgemeinheit nicht abgeschlossen. Aussperrungen und Ausstände führen oft zu schweren wirtschaftlichen Verlusten, die für den Volkswohlstand bedränglich sind, sie führen zur Verfeindung der Volksklassen und zu Ständeübergriffen, die für den Staat gefährlich werden können. Unsere Kultur hat deshalb dahin zu streben, die Zwiespalte möglichst bald auszugleichen (§ 44). Ein Organ hierfür sind die Einigungsämter, die aber nur vermitteln, nicht schlichten können. Ein weiterer Schritt wäre es, Schiedsgerichte einzusetzen, welche unter Abmessung der beiderseitigen Interessen bindende Norm geben könnten. Ob dieses Experiment gelingt, wird die Geschichte zeigen; allerdings wäre schon die Möglichkeit, bei den Einigungsverhandlungen einen Waffenstillstand auferlegen zu können, von großem Wert.

II. Gesellschaft

1. Allgemeines. — § 110.

I. 1. Wesen. Stärke: Verbindung. 2. Schwäche: verschiedene Köpfe. II. Einfluß des Volkscharakters. III. Einfluß: 1. geschichtlicher und religiöser Umstände. 2. der Erziehung.

I. 1. Die Stärke der Gesellschaft besteht darin, daß unter einer Mehrheit von Personen Kapital mit Kapital, Kapital

[136]) Vgl. „Tarife und Sozialverträge", Arch. f. Rechtsph. XII, S. 157 ff.
[137]) Vgl. „Über Streik und Streikrecht", Arch. f. Rechtsph. XIII, S. 46 ff.

mit Arbeit oder Arbeit mit Arbeit zu gemeinsamen Zwecken verbunden wird. Hier treten die Wirkungen des gesellschaftlichen Wesens des Menschen zutage; denn was der Einzelne nicht leisten kann, können verbundene Kräfte zustande bringen; und zwar nicht nur in der Weise, daß die Verbindung von fünf Vermögensmassen fünfmal soviel wirkt, als eine allein es könnte, sondern in der Art, daß eine geschickte Verbindung die Bedeutung der Einzelbeiträge progressiv steigert, so daß das Ganze z. B. nicht 5mal, sondern 5 mal 5 soviel wirkt als der Einzelne. Dies tritt namentlich dann hervor, wenn zum Vermögen Arbeit hinzukommt; denn gerade die richtige Verbindung zwischen Vermögen und Arbeitstätigkeit weiß dem Ganzen Kräfte zu entlocken, die sonst auf ewig geschlummert hätten.

Ebenso, wie in der Chemie zwei Stoffe, miteinander verbunden, nicht bloß als Summe in Betracht kommen, sondern ein ganz neues Drittes bewirken, so kann auch im gesellschaftlichen Leben die Verbindung zwischen Vermögen und Arbeit ein ganz neues und ungeahntes Gut schaffen. Zwar wird die Verbindung mit der Arbeit auch in anderer Weise zu erzielen sein, insbesondere durch Dienstverträge, worin der Arbeiter seine Tätigkeit dem Kapitalisten zur Verfügung stellt; allein wenn der Arbeiter nicht nur seinen bestimmten Lohn zu erwarten hat, sondern an dem Erfolg selber beteiligt ist und selber etwas zu sagen hat, so wird er in ganz anderer Weise an die Sache herantreten und sich mit viel größerer geistiger Frische betätigen (§ 59).

2. Die Schwäche der Gesellschaft besteht darin, daß zum einheitlichen Ganzen verschiedene Köpfe zusammenwirken; und diese verschiedenen Köpfe mit verschiedenen Lebensauffassungen, verschiedenem Temperament, verschiedener Lebensbildung werden häufig ein ganz zwiespältiges Bestreben und eine Uneinigkeit in den Beschlüssen herbeiführen, was für die Wirksamkeit, ja für den Bestand der Gesellschaft verhängnisvoll sein kann.

II. Ob und inwieweit diese Hindernisse überwunden werden, hängt hauptsächlich vom Charakter des Volkes ab, und deswegen sind einige Völker weniger, andere mehr zur Gesellschaft geeignet. Namentlich wird es sich darum handeln, daß die Einzelpersonen ein das Selbstwesen überwindendes Anpassungsvermögen haben und mithin geneigt sind, zugunsten des Ganzen etwas von ihrem Eigenwillen und ihren Eigenbestrebungen aufzugeben; und dies selbst dann, wenn sie ihre Ansicht für die richtige halten und sich vom Gegenteil nicht überzeugen lassen, sofern ein solches Opfer das einzige Mittel ist, um das Gedeihen der Gesellschaft zu erhalten. Ein zweiter in Betracht kommender Punkt ist Treue und Ehrlichkeit.

Die Gesellschaft bietet unendlich viel Gelegenheit, das Ganze zu übervorteilen oder wenigstens im Zusammenstoß mit eigenen Interessen gegen die Gesamtheit zu handeln. Auch hier wird der Volkscharakter wesentlich in

Betracht kommen, und ein Volk, bei dem Treue und Ehrlichkeit stark entwickelt sind, wird besonders zur Gesellschaft geeignet sein. Die Blüte eines Volkes hängt nicht nur von seiner geistigen Begabung ab, sondern auch von seinen Charaktereigenschaften, und vorzüglich von der Art, wie sich die Bevölkerung zu genossenschaftlichen Bildungen eignet.

III. 1. Glücklicherweise treten in früheren Zeiten auch noch besondere geschichtliche Umstände hinzu, um die Schwäche des Institutes zu überwinden. Die Gesellschaft schließt sich früherhin zunächst an die Familie an, und hier wird die Stellung des Familienhauptes, seine Autorität, die Verehrung, die es genießt, dahin wirken, daß schon, ganz abgesehen von sonstigen gesellschaftlichen Gründen, die Andern ihm folgen und sich seinem Willen unterwerfen. Sodann kommt auch das religiöse Moment in Betracht; denn der eine Gesellschafter, welchem man übernatürliche Kräfte zuschreibt, wird auch in seinen Entschließungen einen bedeutenden Vorrang gewinnen.

2. Anderseits kann aber auch durch Erziehung sehr viel zur Förderung der gesellschaftlichen Tugenden beigetragen werden, also insbesondere zur Tugend der Nachgiebigkeit.

Namentlich kann der Sinn dafür erzogen werden, daß man um des Großen willen das Kleine preisgibt, also wo eine gewisse Beugung nötig ist, nicht eigensinnig auf seinem Willen beharrt, falls wichtige Interessen erreicht werden sollen. Und was Ehrlichkeit und Treue betrifft, so kann auch hier die Volkserziehung sehr viel wirken, und sie soll es: denn gerade die Ehrlichkeit im genossenschaftlichen Leben ist eine Tugend, auf welche die Gesellschaft gebaut werden muß. Das Recht kann hier natürlich Manches dazu beitragen, um die Schwächen der Einrichtung besser zu überwinden: man kann bestimmen, daß in Fällen des Widerspruchs ein Dritter gehört werden soll, man kann insbesondere erklären, daß, wer im Gesellschaftsleben betrügerisch handelt, ausgestoßen wird und der öffentlichen Verachtung anheimfällt.

2. Aufgaben der rechtlichen Regelung der Gesellschaft. — § 111.

I. Verwertung verborgener Kräfte. II. Wertung der Arbeit. III. Möglichkeit der Kündigung.

I. Die Förderung des Gesellschaftslebens gehört zu den großen Aufgaben des Rechts; denn durch die Gesellschaft werden eine Menge verborgener Kräfte des Volkes ans Tageslicht gezogen, und die ungeheuere Vermögensmacht, welche die Gesellschaft in die Hand bekommt, kann dahin führen, daß sie auf dem Weltmarkt alles andere übertrifft und das Gewicht in die Wagschale legt, wenn es sich um hochbedeutsame wirtschaftliche Betätigungen handelt [138]).

II. Dabei muß die Rechtsordnung namentlich dahin zielen, daß die Arbeit gehörig gewertet wird, denn gerade das ist eine Hauptbedeutung der Gesellschaft, daß zu dem Vermögen eine be-

---

[138]) Über die Untersuchungen der spanischen Naturrechtslehrer vgl. Arch. f. Rechtsph. X, S. 249 f.

stimmte Arbeit hinzutritt, welche dasjenige ins Dasein ruft, was das Vermögen nur in solcher Verbindung hervorbringen kann. Auf der anderen Seite muß die Rechtsordnung eine möglichste Freiheit beim Abschluß der Gesellschaft gewähren.

Die Bedingungen des Vertrages müssen sich dem einzelnen Falle anpassen und den Voraussetzungen des Einzellebens entsprechen. Eine jede Gesetzgebung, welche ein für allemal vorschreibt, in welcher Art die Gesellschafter sich beteiligen müssen, und ihnen die Möglichkeit nimmt, etwas anderes zu bestimmen, legt den Nerv des Gesellschaftslebens lahm und macht eine Menge wichtiger Veranstaltungen unmöglich.

III. Außerdem gilt Folgendes: die Rechtsordnung darf keine zu lange Bindung gestatten, denn vieles, was sich auf den ersten Blick als zuträglich erweist, wird später schlimm oder ganz unmöglich: die Charaktere sind oft so beschaffen, daß sie sich im Zusammenleben nicht etwa stärker anpassen, sondern nach einem bestimmten Maß von Nachgiebigkeit die Anpassungsfähigkeit oder Anpassungsgeneigtheit verlieren, so daß nach einiger Zeit die zwiespältigen Neigungen besonders stark hervortreten. Auch das kann sich ereignen, daß bei gewissen Gelegenheiten Leidenschaften und Widersprüche so heftig aufeinander platzen, daß die gegenseitige Neigung für immer erlischt. Daher muß die Rechtsordnung, wenn sie die Gesellschaft nicht auf kurze Zeit beschränken will, die Möglichkeit einer Kündigung gewähren, und zwar auch bei Gesellschaften, welche auf eine feste Zeit abgeschlossen sind, — einer Kündigung aus gerechtfertigten Gründen, die von Fall zu Fall zu beurteilen sind.

3. Veräußerung von Gesellschaftsanteilen. — § 112.

I. Bedeutung der Veräußerlichkeit. II. Aktiengesellschaft.

I. Ein besonderer Gedanke tritt in das Gesellschaftsleben ein, wenn es möglich wird, daß der Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil veräußert. Dies ist allerdings zunächst gegen den Gedanken der Gesellschaft, der mehr oder minder auf die Persönlichkeit der Beteiligten abzielt. Jedoch kann es Gesellschaften geben, welche so großen Wert auf die Kapitalien legen und zugleich eine so große Zahl von Personen in sich fassen, daß der Wechsel einiger Mitglieder nicht stark in Betracht kommt. Auf der anderen Seite hat dieser Wechsel die große Bedeutung, daß, wer aus irgendwelchen Gründen nicht in der Gesellschaft bleiben will, nicht etwa bloß die Möglichkeit hat, die Auflösung zu begehren, sondern einfach seinen Geschäftsanteil auf jemanden überträgt, der gewillt ist, einzutreten. Das könnte allerdings, wenn solche Änderungen häufig und in großen Massen stattfinden, zu einer Störung der ruhigen Entwickelung der Gesellschaft führen, und wenn etwa bisher die Teilnehmer lauter Optimisten waren, so kann nunmehr auf einmal ein

grämlicher Pessimismus eintreten. Um dies zu vermeiden, gibt es aber ein bedeutsames Mittel, nämlich eine starke Leitung an die Spitze zu stellen und dieser die Möglichkeit des freien Selbstwirkens zu gewähren. Dann bleibt die Leitung dieselbe, auch wenn die Mitglieder wechseln, und nur von Zeit zu Zeit haben die Gesellschafter in der Mitglieder- oder Generalversammlung sich zu äußern und ihre Gesinnungen und Bestrebungen kundzugeben. Sie können aber einer Leitung nur dann schroff entgegentreten, wenn sie eine andere sachliche Lenkung an ihre Spitze zu stellen vermögen, und dies hat meist seine Schwierigkeiten. Daher wird hier gewöhnlich das Gleichgewicht der Gesellschaft trotz des Wechsels der Beteiligten gewahrt bleiben.

II. Das Musterbild dieser Gesellschaft ist die Aktiengesellschaft, eine Einrichtung, deren Aufschwung alles Andere in Schatten stellt, und mit deren Kapitalkräften geradezu die Welt erobert werden kann. Natürlich hat auch diese Gesellschaft ihre Gefahren, und diese bestehen namentlich darin, daß entweder mit den Aktien Mißbrauch getrieben wird, indem man sie zu lauteren oder unlauteren Spekulationen verwendet, oder darin, daß von seiten der Leitung ungeschickt oder unehrlich gehandelt wird (§ 105). Auch hier ist es Aufgabe der Rechtsordnung, auf der einen Seite die Gesellschaftsform möglichst zu unterstützen, auf der anderen Seite gegen Ausschreitungen Vorsichtsmaßregeln zu treffen, so z. B. durch Aufstellung der Gründerverantwortlichkeit, durch öffentliche Kontrolle usw.

III. Schenkung

1. Geschichte der Schenkung. — § 113.

I. 1. Schenkungsbegriff ursprünglich unbekannt. 2. Schenkungen ohne Schenkungscharakter bei Naturvölkern. Gegengabe. II. 1. Übergang zur fremdstrebigen Schenkung. 2. Nur noch Widerruf wegen Undanks und Wertherausgabe bei Verarmung.

I. 1. Schenkungen in unserem Sinne sind der Menschheit ursprünglich nicht bekannt. Zwar kommt eine Beteiligung Dritter an den einzelnen uns zugänglichen Lebensgütern schon in den frühesten Kulturstufen vor, und namentlich die Gastfreundschaft ist eine uralte Einrichtung[139]). Allein dies beruht nicht darauf, daß die ethischen Gefühle der Schenkung entwickelt waren, sondern es war eine Folge der Gesamtverhältnisse und der Idee des Zusammenlebens.

---

[139]) Und keine Erfindung der Phönizier, wie es Jhering annahm — eine geradezu abenteuerliche Lehre, die von völliger Unkenntnis der Naturvölker zeugt.

Der Einzelne trug den Begriff des Alleinrechts durchaus nicht in sich wie in unseren Zeiten, und darum konnte auch die Mitteilung von Eigengütern an Dritte durchaus nicht in diesem Sinne aufgefaßt werden. Die Güter gehörten Allen, und wenn der Einzelne ihnen näher stand, und die Anderen nur nebenbei daran beteiligt waren, so war dies ein tatsächliches Verhältnis, das durchaus nicht so verstanden wurde, als ob die Anderen ganz ausgeschlossen wären; und darum konnte die Zuwendung an Dritte nicht als ein Abbruch der Rechte des Eigennießers angesehen werden.

2. Allerdings kommen auch bei den Naturvölkern Schenkungen vor, allein diese haben einen ganz anderen Sinn. Sie beruhen auf dem Abwechslungsbedürfnis, und wenn jemand schenkt, so will er damit nur erklären, daß er dafür von dem Beschenkten etwas anderes haben will. Zwar geschieht dies nicht in der Gestalt des festen Tausches, sondern nur in der selbstverständlichen Erwartung einer Wiedergabe; welche Erwartung man jedoch in ziemlich deutlicher Weise zu erkennen gibt, nicht nur im Allgemeinen, sondern auch nach der Richtung hin, was man als Gegengabe haben wolle. Daher ist das Schenken bei den Naturvölkern immer etwas sehr Suggestives, und der Beschenkte ist hierbei keineswegs in einer sehr günstigen Lage: er ist jetzt in einer Zwangsstellung, aus der er sich in der einen oder anderen Weise heraushelfen muß. Sollte er eine Gegengabe nicht gewähren, so fordert schließlich der Schenker seine Gabe wieder zurück. Daher der durch alle Völker gehende Zug, daß die Schenkung zunächst widerruflich ist und das Recht des Widerrufs erst aufhört, wenn eine Gegenleistung erfolgt ist; was dann allerdings später in der Weise umgangen wurde, daß die Gegenleistung in irgendeinem unbedeutenden Gegenstand bestand, in einem alten Hut, Handschuh oder sonstigem abgelegten Kleidungsstücke, nur um das Erfordernis der Gegengabe zu erfüllen. Am deutlichsten tritt dies im langobardischen Rechte hervor, wo die Gegengabe Laungild heißt. Aber auch bei anderen Völkern findet sich das Gleiche.

II. 1. Die Gegengabe wird vielfach vergeistigt, und was man von dem Beschenkten verlangt, sind oftmals nicht Gegenstände, sondern Dienste und eine dankbare Gesinnung. So wird schließlich die Schenkung als einseitige Zuwendung anerkannt. Das Eigenstreben geht zum Fremdstreben (Altruismus) über.

Dies zeigt sich insbesondere auch bei Vergabungen an die Gottheit, an die Tempel; das Laungild besteht hier in der günstigen Gesinnung des Himmels und in allem Guten, was man von oben erwartet. Damit ist der Sprung getan zum Ethischen; denn, wenn man nur die Gesinnung des Anderen in Betracht zieht und schon hierin seine Befriedigung findet, dann ist zugleich auch das sittliche Moment gegeben: man will dem Anderen Wohltaten erweisen, man will ihn unterstützen, man will seine Not lindern; das sind ja immer die Einflüsse, welche eine dankbare Gesinnung erzeugen.

2. Die Widerruflichkeit der Schenkung hört damit auf: die ethische Betätigung enthält eine sofortige Aufopferung für den Andern. Wohl aber tritt in verschiedenen Rechten der andere Gedanke hervor, daß eine starke unethische Gesinnung des Beschenkten den Schenker zu einer Genugtuung berechtigt, welche Genugtuung wiederum in dem Widerruf der Schenkung bestehen kann. Dieser Widerruf ist aber mit dem früheren Widerruf gar nicht mehr zusammenzustellen. Der frühere Widerruf beruhte auf der Gebrechlichkeit der Schenkung und dem Bedürfnis einer Erwiderung; der jetzige Widerruf dagegen hat seinen positiven Grund in dem unethischen Verhalten des Beschenkten: er beruht also nicht darauf, daß die Schenkergesinnung eine unvollkommene ist, sondern darauf, daß der Gegner in starker Weise gegen die Lebensrücksichten verstoßen hat. Der Anspruch ist daher Genugtuungsanspruch, und damit hat man noch den weiteren Satz in Verbindung gesetzt, daß, wenn der Schenker verarmt und der Beschenkte ihm nicht beisteht, auch hierin ein Grund liegen kann, vom Beschenkten, wenn nicht eine Rückleistung, so doch eine Wertherausgabe zu verlangen, mindestens insoweit, als sie nötig ist, um dem Schenker zu Hilfe zu kommen.

2. Gefahren und Beschränkungen der Schenkung. — § 114.

I. Gefahren: 1. Unwirtschaftlichkeit. 2. Vampirismus. 3. Bestechung. II. Beschränkungen.

I. Die Schenkung hat trotz ihrer ethischen Wirkung manche Gefahren, indem sie auch unethische Mächte heraufbeschwört.

1. Die eine Gefahr ist die, daß der Schenkungstrieb in Unwirtschaftlichkeit, ökonomische Leichtfertigkeit und Flatterhaftigkeit ausartet oder gar zur pathologischen Verschwendung wird. Natürlich kann sich derartiger Leichtsinn und derartiger Übermut auch auf andere Weise entladen, aber die Schenkung ist eines der Tore, durch welche diese zerrüttenden Gemütsfaktoren sich Luft machen.

2. Eine zweite ethische Gefahr bei der Schenkung ist der Vampirismus, indem dritte Personen sich um den Schenker scharen und ihn durch verführerische Suggestion, durch Drohung, durch täuschende Maßnahmen umgarnend zu Schenkungen verleiten, seine Gemütsrichtung vergiften und die Schwäche seines Wesens mißbrauchen; besonders gefährlich sind derartige Negativmächte, wenn sie die Gesinnung des Schenkers gegen seine nächsten Angehörigen kehren und ihn gegen diejenigen Wesen aufreizen, denen er von Natur oder von Verdienst ganz besondere Hinneigung oder Verehrung schuldete.

3. Eine dritte ethische Gefahr der Schenkung ist die Bestechung, d. h. der Gebrauch der Schenkung zu dem Zwecke,

um andere Personen von dem geraden Wege der Pflicht abzulenken, sie auf Abwege zu führen, bald in kleinen, bald in größeren Kurven, so daß schließlich die Schenkung sich als Aufreizung zur Schlechtigkeit und zum Verbrechen darstellt.

II. Alle diese Formen muß die Rechtsordnung wohl berücksichtigen; sie darf sich nicht zum einfachen Geleiter des Schenkungsinstituts machen. Daher ist die Rechtsordnung auf verschiedene Weise beschränkend eingeschritten; so gegen das Schenkungsübermaß durch Eingriffe in die Persönlichkeit und Beschränkung der Geschäftsfähigkeit (Entmündigung); so durch Gegenwirkung von seiten der Familie (Pflichtteilsbeschränkung, § 124) und durch Aufstellung von Förmlichkeiten des Schenkungsgeschäfts, indem man die Gabe erschwert und dadurch den Willen des Schenkers auf die Probe stellt, damit die Zuwendung nur bei beharrlichem Willen vonstatten gehen kann.

IV. Ausgleichungen des Unrechtsverkehrs

1. Allgemeines. Haftung für Hilfspersonen. — § 115.

I. Allgemeines. II. Haftung für Hilfspersonen.

I. Wie die Lebensverhältnisse sehr häufig einer Ausgleichung bedürfen, ist oben in der Lehre von der Korrekturordnung ausgeführt worden (§ 48). Das Nähere gehört dem bürgerlichen Rechte an. Davon verschieden sind die Ausgleichungen des Unrechtverkehrs; auch sie bezwecken eine Korrektur, aber nicht eine Korrektur der im Rechtsverkehr entstandenen Unvollkommenheiten, sondern eine Korrektur der durch Unrecht entstandenen schiefen und verschobenen Zustände. Die Rechtsordnung bestimmt, daß, wer solche Mißstände herbeigeführt hat, gehalten ist, diese Unstimmigkeit der Verhältnisse zu beseitigen und das Gleichgewicht wieder herzustellen. Dies hängt mit dem Strafrecht zusammen und ist später zu erörtern. Hier soll noch die Haftung für andere, insbesondere auch die Haftung für den Tierschaden dargelegt werden.

II. Der Gedanke, daß, wer sich bei seinen Betätigungen einer Hilfsperson bedient, in gewisser Beziehung auch für diese Hilfsperson haften muß, ist uralt und liegt zunächst in den Familienverhältnissen begründet; denn, wen man als Gehilfe hinzuzog, der war ein Familiengenosse oder sonst jemand, der in Familiengemeinschaft stand, und für den daher das Familienhaupt nach alten Regeln aufkommen mußte. Als man auch Familienungenossen beteiligte, so mußte man von selber dazu kommen, den Haftungskreis auch auf diese zu erstrecken. Die Haftung kann entweder eine volle Haftung sein oder dahin gehen, daß der Herr frei ist, wenn er mit Sorgfalt die Dienstpersonen ausgesucht und sie in entsprechender Weise überwacht hat. Dies sind die zwei Pole in der Gestaltung der Sache; denn eine weitere Behandlung, daß der Herr in keiner Weise für die Hilfspersonen eintreten müsse, ist so sachwidrig und ungesellschaftlich, daß sie nicht erwähnt zu werden braucht. Unser Recht neigt zu dem zweiten System, hat aber doch für gewisse Fälle das erste angenommen.

2. Haftung für Tiere. — § 116.

I. Periode der Annahme von der Vernünftigkeit des Tieres. 1. Allgemeines. 2. Voll- oder Teilhaftung des Tierhalters oder Preisgabe des Tieres bei dessen Bosheit. 3. Auch sonst Haftung wegen mangelnder Beaufsichtigung. II. Seit Annahme von der Alleinvernunft des Menschen Haftbarkeit nur bei Verschulden des Halters oder völlige Haftbarkeit (Abmilderung).

I. 1. Von besonderer Bedeutung aber ist die Haftung für Tiere; diese spielt in der Geschichte des Rechts eine große Rolle und bedarf noch einer ausführlicheren Darstellung. Die Haftung für Tierschaden geht von dem Gedanken aus, daß auch das Tier ein vernünftiges Wesen sei, welches für seine Tücken einstehe und darum Strafe und Züchtigung verdiene. Alle Völker folgen ursprünglich diesem Satze — sehr natürlich; denn der scharf ausgeprägte Unterschied zwischen Mensch und Tier, welchen unser Kulturleben macht, ist den Völkern ursprünglich fremd. Sie gesellen sich zu den Tieren und betrachten diese als ihresgleichen.

Daher die Tierverurteilungen, Tierstrafen usw.; und wenn darum das Viehstück des A dem B einen Schaden zugefügt hatte, so verlangte B das Viehstück heraus, um an ihm die Vollstreckung zu vollziehen. Statt dessen konnte er sich aber auch der Arbeit des Tieres bemächtigen, was begreiflicherweise als das Klügere erscheinen mußte, sobald die Racheleidenschaften etwas abgedämpft waren.

2. a) Natürlich mußte es dem Tierhalter nicht immer erwünscht sein, auf solche Weise des Tieres zu entbehren: der Schaden betrug vielleicht nicht den Drittelwert des Tieres, und so kam man ganz natürlich zu dem Grundsatz: wenn der Tierhalter selber für das Tier eintritt, so findet eine Weggabe des Tieres und eine Vollstreckung nicht statt. War ja doch die Haftung des Einen für die Tat des Andern so häufig, daß man hier erst recht kein Bedenken fand, dem Tierhalter zu gestatten, das Tier durch Geldsumme zu lösen (§ 97).

b) Es ist begreiflich, daß sich auf solche Weise der Grundsatz entwickelte: der Tierhalter habe entweder das Tier preiszugeben oder er habe für das Tier einzustehen und für den Schaden zu haften.

Es war dies eine vernünftige Abschwächung der durch die Betätigung des Tieres hervorgerufenen Racheleidenschaften; man verschonte das Tier, und der bisherige Tierhalter brauchte sich seiner nicht zu entäußern, was um so zuträglicher war, als das Tier seiner Wirtschaft, in der es eingewöhnt war, meist besser diente als einer anderen.

c) Diese Behandlungsweise wurde bei manchen Völkern noch in sehr scharfsinniger Weise abgeschwächt, indem man den Tierhalter nicht für den vollen Schaden haften ließ. So das israelitisch-jüdische Recht; man dachte: da das Tier doch nur halbvernünftig ist, so ist es entsprechend, ihm auch nur die Hälfte der Verantwortlichkeit und die Hälfte des Schadens aufzubürden.

3. a) Alles dies half aber auf die Dauer nur für den Fall, daß das Tier eine besondere Tücke und Niedertracht beging; wenn das Tier einfach abweidete, wo es etwas zu weiden fand, so war es doch kaum auszudenken, daß es damit eine strafwürdige Bosheit vollbringe; wenn man ihm auch das Gebot gab, den „Nächsten" nicht zu stoßen, zu beißen und ihm sonst keine Unbill anzutun oder sein Kleid nicht zu zerreißen, so konnte man doch nicht verlangen, daß das Tier die Eigentumsverhältnisse unterscheiden solle, und konnte es nicht als Böswilligkeit ansehen, wenn es statt des Feldes des Eigentümers ein anderes Feld abgraste.

b) Dies führte die Völker zu dem anderen Grundsatz: das Tier kann nicht haftbar gemacht werden, aber man macht den Hüter des Tieres, den Hirten oder auch den Eigentümer verantwortlich, weil er es besser hätte beaufsichtigen sollen, und so entstand die Haftung wegen mangelnder Behütung und Bewachung. Hier haftete nicht das Tier, sondern der Hüter und Wächter, und er haftete nicht statt des Tieres, sondern für sein eigenes Verhalten, weil er nicht die nötige Vorsicht angewendet hatte, um das Tier von fremdem Gute zurückzuhalten.

II. 1. Der Grundgedanke, daß das Tier selbst hafte, mußte natürlich mit der Zeit schwinden, als man nur dem Menschen Vernunft und Verantwortlichkeit zuerkannte. Es ist eine Eigenart der höheren Kultur, zwischen Mensch und Tier eine starke Kluft aufzutun, was früher unerhört gewesen wäre, und was den unteren Schichten des Volkes auch jetzt noch nicht recht einleuchten will. Von nun an waren folgende zwei Behandlungsweisen möglich: Entweder ließ man den Tierhalter nur im Falle des Verschuldens haften, oder man ließ ihn überhaupt für das Tier einstehen, weil man sagte: wer ein solches gefährliches Wesen hat, der soll dafür aufkommen.

Die Möglichkeit, das Tier preiszugeben, verlor damit ihren rechtfertigenden Grund; sie blieb zwar noch geraume Zeit bestehen, nicht aus besonderen Vernunfterwägungen, sondern aus Gründen geschichtlicher Gewöhnung und im Bestreben, die Haftung des Tierhalters etwas zu mildern.

2. Die zutreffendere Behandlung ist die, den Tierhalter völlig haftbar zu machen, natürlich vorausgesetzt, daß das Tier kraft seiner Halbvernunft gehandelt hat und nicht etwa infolge der Lenkung irgendeines Menschen Schaden anrichtete, in welchem Falle das Tier ja nur als das blinde Werkzeug des Lenkers zu betrachten ist. Diese Haftung kann in gewissen Fällen abgemildert werden, wenn starke soziale Motive dagegen sprechen, so im Interesse des Gewerbes und der Landwirtschaft, wie dies auch bei uns neuerdings geschehen ist. Der Gedanke ist: wer das Tier im Ackerbau oder Gewerbe benutzt, hat es nicht als

gefährlichen Luxus, für den er einstehen müßte, sondern er hat es notgedrungen im Interesse des gewerblichen Betriebes und damit zugleich im Interesse der Gesamtheit.

Dritter Abschnitt

Erbrecht

I. Grundgedanken des Erbrechts. Vermögensübergang ohne Erbrechtscharakter. — § 117.

I. Grundgedanken. II. Vermögensübergang ohne Erbrechtscharakter.

I. Das Erbrecht beruht auf dem Gedanken der Fortsetzung des Einzelvermögens nach dem Tode des Vermögensinhabers durch eine Persönlichkeit, die mit dem Vermögensinhaber in bestimmter Weise zusammenhängt, sei es kraft familiärer oder familienähnlicher Beziehung, sei es kraft einer rechtsgeschäftlichen Willensbestimmung, welche eine neue Beziehung schafft.

II. Erbrecht liegt daher nicht vor, wenn

1. das Einzelvermögen nach dem Tode wieder der Gemeinschaft zufällt. Es ist daher nur ein uneigentliches Erbrecht zu nennen, wenn in Rom Vermögen an die gentiles fiel oder wenn heutzutage in Ermangelung von Erben das Vermögen dem Fiskus zukommt. Man bezeichnet es nur deswegen als Erbrecht, weil die technisch juristischen Erbrechtsgrundsätze auf diese Fälle ausgedehnt worden sind.

2. Auch dann liegt ein Erbrecht nicht vor, wenn lediglich das Vermögensrecht des Verstorbenen aufhört und ohne Beziehung zu ihm ein Dritter das Vermögen erwirbt, z. B. durch Neuverleihung.

3. Auch dann ist ein Erbrecht nicht gegeben, wenn nach dem Tode eines Gemeinschafters sein Gemeinschaftsanteil anderen anwächst, oder wenn an seine Stelle irgendein anderer Gemeinschafter tritt, aber nicht kraft der Vermögensschicksale des Verstorbenen, sondern kraft der besonderen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts.

4. Auch dann liegt kein Erbrecht vor, wenn das Vermögen einer juristischen Person nach ihrer Auflösung einem Einzelwesen oder einer anderen juristischen Person zufällt, obgleich auch dies technisch vielfach wie ein Erbrecht behandelt wird.

II. Geschichte des Erbrechts

1. Bis zur Parentelerbfolge. — § 118.

I. Mitgabe ins Grab. Verbrennung. II. Neffen-, Kindererbfolge. III. Adoption.

I. Das Ursprüngliche war es, daß das Vermögen des Verstorbenen ihm entweder ins Grab mitgegeben oder mit ihm verbrannt wurde; ein ganz universeller Gedanke: was dem Toten im Diesseits gehört, soll ihm auch im Jenseits dienen. Wie dieser Gedanke sich im Leben der Völker entwickelte, wie er sich abschwächte und allmählich dem wirtschaftlichen Diesseitsgedanken erlag, ist eine reizvolle Menschheitserscheinung, die hier nicht dargestellt werden kann[140]).

II. Gab man aber das Opfer an den Toten auf, so war das Natürliche, daß das individuelle Vermögen wieder der Gesamtheit zufiel. Hiergegen wehrte sich aber das Individualmotiv; denn die Einzelperson mußte es sich sonst gefallen lassen, daß ihre Arbeit nach ihrem Tode wieder dem Interesse der Einzelbestrebungen entfremdet wurde. Dies war erträglich, solange das Einzelwesen noch nicht fest aus dem Kreise der Gesamtheit ausgeschieden war, wirkte aber mächtig lähmend, nachdem eine stärkere Ausprägung der Einzelperson eingetreten war, welche oftmals mit der Gesamtheit in heftigem Widerspruch stand. Sollen die Gestaltungsmotive des Sondervermögens mit voller Kraft wirken, so muß die Rechtsordnung den Zustand herbeiführen, daß das Vermögen auch nach dem Tode sich in dem Kreise und in dem Interessenzirkel bewegt, welcher die Bestrebungen, die Sorgen und die Zuneigungen des Einzelvermögens umgibt. So mußte man zunächst dazu gelangen, das Vermögen auf die engere Familie zu verdichten, und schließlich kam man bei den Völkern des Mutterrechts zur Neffen-, bei den Völkern des Vaterrechts zur Kindererbfolge.

III. Das Erbrecht mancher Völker ist dabei stehen geblieben, nur daß man aus Gründen mehr sakraler als wirtschaftlicher Natur im Falle des Ausbleibens leiblicher Abkömmlinge zum Institut der Ankindung (§ 82) griff und schließlich sogar die adoptio post mortem einführte.

2. Parentelerbfolge. a) Entstehung. Übertreibung. — § 119.

I. Entstehung. II. Übertreibung.

I. Eine weitere Gestaltung des Gedankens war es aber, als man in Ermangelung von Abkömmlingen des Erblassers auf die Abkömmlinge seines Vaters und Großvaters zurück-

---

[140]) Vgl. Orientalisches Recht S. 17.

ging, indem man die Deszendentenfolge hinaufrückte und den Erbgang so gestaltete, wie wenn nicht der Erblasser, sondern sein Vorgänger, der Vater, der Großvater, zu beerben gewesen wäre. Der kinderlose Erblasser flüchtete sich gleichsam in den Kreis seiner Vorfahren zurück, um einen Abkömmling und Erben zu erlangen. So ist es denn begreiflich, daß bei außerordentlich vielen Völkern sich die Parentelfolge entwickelte, ein Ausfluß des Familieneinheitsgedankens: der Erblasser soll eins sein mit seinen Vorfahren, er soll in diesen sein eigenes Ich finden; denn das Familienband vereinigt alle diese Personen wie eine Kette.

II. Der Parentelgedanke ist ansprechend und enthält einen reichen Inhalt familienrechtlicher Motive, allein er darf nicht übertrieben werden. Dies hat man aber getan. Man hat das Parentelsystem als einen ausnahmslosen Rechtsgrundsatz, als ein Axiom, betrachtet und es bis in die äußersten Folgerungen durchgeführt; dies bricht sich aber an dem gesunden Rechtsgedanken, daß die Erbfolge bei ferneren Verwandten nicht gerechtfertigt ist: lachende Erben sind ein Zerrbild des Rechtes. Das Erbsystem ist nur so weit begründet, als es Personen betrifft, die in dem Kreise der näheren Interessen des Erblassers liegen und seiner Empfindung, seiner Sorge, seinen Gedanken nahe stehen; denn nur da finden wir es vernünftig, daß das Individualvermögen der Gesamtheit entzogen wird und wiederum an einzelne Personen gelangt. Daher ist es eine vollständige Verkehrtheit, wenn ein Erbrecht über die Geschwister oder Neffen hinausgeht.

Alle diese oft feinen Unterscheidungen in der Abmessung der Linien, die manchmal sich sogar kombinieren und dadurch recht seltsame Erscheinungen hervorrufen, sind ein unerträglicher Plunder, ein Staub, den die Jahrhunderte aufgehäuft haben; und wenn man gar noch das in der näheren Verwandtschaft zutreffende System der Stammeinheit oder des Repräsentationsrechtes hier folgeweise durchführt (§ 121), so gelangt man zu einer aberwitzigen Zerteilung und Zerschlagung des Vermögens, was für die menschliche Wirtschaft das reinste Gift ist. Dies sind die Folgen, wenn man einzelne Rechtsmotive, die in beschränktem Kreise ihre Begründung haben, axiomatisch ausgestaltet, und das war ein Grundfehler der Jurisprudenz der letzten Jahrzehnte.

b) Mehrheit von Kindern. — § 120.

I. Gleichheit oder Ungleichheit. II. Formen der Ungleichheit. 1. Zurücksetzung der Töchter. 2. Ältesten-, Jüngstenrecht. Hofgüter.

I. Sind mehrere Abkömmlinge vorhanden, so erheben sich bedeutungsvolle Fragen. Sollen alle Abkömmlinge oder nur einer, sollen alle gleichmäßig oder mit verschiedener Beteiligung erben? Alle diese Fragen lassen sich nur nach Art der Kulturverhältnisse lösen, in denen die Familie lebt. An sich würde die Billigkeit dahin führen, daß die Kinder einander gleich stehen, weil zunächst kein Grund vorhanden ist, das eine vor dem anderen

zu bevorzugen; allein diese Billigkeit, die dem aristotelischen Gedanken der Gleichstellung des Gleichwertigen entspricht (§ 20), wird eben durchkreuzt durch die Kulturverhältnisse, welche die verschiedensten Erfordernisse aufstellen, um von dieser Gleichwertigkeit abzuweichen.

Schon die Verschiedenheit in der Lebensstellung der Kinder könnte dahin führen, daß eine dementsprechende verschiedene Verteilung billig wäre; dann müßte man in jedem Falle eine individuelle Wertung eintreten lassen, ein System, das, so angemessen es erscheinen möchte, an der Wirklichkeit des Lebens zerschellt und zu unzähligen Streitigkeiten und Erbitterungen führen würde.

II. Wenn man daher Ungleichheiten eintreten läßt, so müssen es typische Ungleichheiten sein, und solcher Arten hat es namentlich zwei gegeben.

1. Die eine ist die Zurücksetzung der Töchter: es ist eine bei allen patriarchalischen Völkern auftretende Regel, daß die Tochter so viel als möglich von dem Erbe ausgeschlossen und auf eine Aussteuer beschränkt wird. Dies ist keine Willkür, sondern hängt mit der Lebensführung der Tochter zusammen, welche heiraten und dabei mit ihrer Person auch ihre Habe an den Ehemann bringen wird; dieser aber gehört einer anderen Familie an: dadurch fällt das Vermögen aus der Familie heraus, und das ist ein Ergebnis, das man vermeiden will. Ändert sich die Stellung der Frau, und ändern sich ihre Vermögensverhältnisse, indem sie trotz der Ehe ihr eigenes Vermögen behält, dann fallen die Gründe einer solchen Zurückstellung weg. Auch hier hängt das Eine mit dem Anderen zusammen, auch hier ist ein absolutes, für alle Zeiten passendes Recht ausgeschlossen.

2. Ein zweites unterscheidendes Moment liegt im Alter der Kinder: es kommen Ältestenrechte und Jüngstenrechte vor, insbesondere erstere.

a) Für die Bevorzugung des Ältesten sprechen vielfach besondere Motive. Der Älteste bleibt mehr oder minder das Haupt der Familie; er hat für die Familie noch weiter zu sorgen, ihm obliegen gewisse Lasten religiöser und weltlicher Art, vor allem auch die Pflege der unmündigen, die Unterstützung der minderjährigen Geschwister, und so ist es begreiflich, daß man ihm einen entsprechend größeren Teil gibt. Häufig tritt auch der Fall ein, daß er das Familienhaus führt und verwaltet, und daß die Geschwister, solange sie noch keine selbständige Existenz gefunden haben, bei ihm weilen.

b) Seltener ist das Jüngstenrecht, das auf einem anderen Gedanken beruht. Man stellte sich hauptsächlich den Fall vor, daß noch bei Lebzeiten des Vaters die älteren Kinder das Elternhaus verlassen und sich anderswo eine Existenz schaffen und ein eigenes Vermögen erwerben, während der Jüngste bei den

Eltern im Alter aushält und ihre Tage erleichtern soll. Dem entspricht es, daß man ihm auch einen größeren Teil am Erbe gewährt, denn er hat seine Kraft dem Erbe geopfert.

c) Diese Motive werden manchmal noch verstärkt durch die Art des Vermögens, welches eine Zerteilung nicht zuläßt, so daß eine Zerlegung unvermeidlich eine Wertverminderung wäre: das System der Hofgüter.

Hier führen die Motive dazu, daß eines der Kinder den Hof übernimmt und die anderen abfindet; allein die Abfindung darf keine strenge sein, weil sonst der Hof bis zur Unerträglichkeit überlastet und die Wirtschaft in das Minus hineingetrieben würde: auch hier verlangen die Umstände des Lebens ihre Berücksichtigung.

c) Mehrheit von Abkömmlingen entfernteren und verschiedenen Grades. — **§ 121.**

I. Zusammenleben der Familienstämme. II. Trennung der Brüderstämme. Repräsentationsrecht. III. Mehrheit von Enkeln.

I. In den Zeiten des stark entwickelten Familiensinnes lebten die verschiedenen Familienstämme in ununterscheidbarer Weise zusammen, arbeiteten und verdienten zusammen. Die Brüder und Brüderstämme sonderten sich nicht streng voneinander ab, und was sie erwarben, floß, soweit möglich, in eine Kasse.

Es war ähnlich den Früchten des Baumes, bei denen man nicht fragt, von welchem Aste sie stammen. Wenn daher der eine Bruder zu Lebzeiten der Eltern starb und Kinder hinterließ, so übernahmen die am Leben gebliebenen Brüder das Vermögen und hatten natürlich für die Kinder des verstorbenen Bruders ebenso wie für ihre eigenen Kinder zu sorgen. Es wäre als Unnatur erschienen, wenn die Enkel sich gegen diese Brüder aufgebäumt und etwas für sich beansprucht hätten.

II. Anders gestaltet sich die Sache, wenn die Brüderstämme sich trennen, so daß die Brüder mit ihren Kindern gegenseitig im Vermögen gesondert sind: dann wird umgekehrt diese Behandlungsweise als Unnatur erscheinen; denn jetzt bildet jeder Bruder mit seiner Nachkommenschaft eine innige ethische Einheit, welche die Wertschätzung und Förderung des Rechts in hohem Maße verdient; jetzt muß der Satz gelten: wenn der Bruder stirbt, bleibt der Stamm. So entsteht dasjenige, was man Repräsentations-(Eintritts-)Recht genannt hat, und was in der Tat doch nichts anderes ist, als das Prinzip der Stammeinheit, wie ich es schon vor 40 Jahren genannt habe[141]).

III. Dasselbe gilt auch von dem Fall, daß keine Söhne, sondern nur noch Enkel vorhanden sind: auch hier wird der Gedanke, sämtliche Enkel gleichheitlich zu behandeln, ohne Rücksicht auf die Zahl der Stämme und die Zahl der Kinder in jedem Stamme, zur Unvollkommenheit, die im klaffenden Widerspruch

[141]) „Stammeinheit und Nachberufung“ im Arch. f. ziv. Praxis 59 S. 87.

steht zu der Stammesabsonderung und der Wertschätzung, welche dem Stamm als solchem gebührt. Dies hat die meisten modernen Völker dazu geführt, auch hier die Stammeinheit anzuerkennen und die Enkel nicht nach Köpfen, sondern nach Stämmen, erben zu lassen.

Es ist auch hier ein Mangel an Familiensinn, wenn man verkennt, daß die verschiedenen Enkel nicht gleichmäßig dem Erbe entgegentreten, sondern jeweils als die Vertreter ihres Stammes; stellen doch die zurückbleibenden Enkel die ganze Geschichte ihres Stammes mit all seinen Schicksalen, Lebensmühen und Lebensfreuden dar. Dazu kommt, daß die Lebenshaltung ganz verschieden sein wird bei einem Stamm mit zahlreichen und einem Stamm mit weniger zahlreichen Stammesnachfolgern; hier würde durch das Vorabsterben der Kinder und die Gleichbeteiligung aller Enkel eine Verschiebung in ihrem ganzen Vermögensbestande stattfinden. Wie, wenn der einzige Enkel von dem einen Sohn den zehn Enkeln vom anderen Sohn gegenübertritt? Soll der Umstand, daß die beiden Söhne gestorben sind, nunmehr eine so grundsätzliche Umgestaltung der Enkelschicksale zur Folge haben?

III. Verfügungen von Todes wegen insbesondere

1. Testament. — § 122.

I. Bedeutung. II. Unterscheidung angestammten und selbsterworbenen Vermögens. III. Wirtschaftliche Vorteile. IV. Gefahren. V. Sicherung: Widerruflichkeit.

I. Die Verfügung von Todes wegen ist eine außerordentliche Steigerung der persönlichen Macht, und ihre Entstehung hängt ganz mit der Entwickelung der Individualität zusammen. Die Möglichkeit, zu bestimmen, daß sich das Vermögen nach dem Tode kraft gegebener Sondernorm richtet, steigert natürlich das Erwerbsbestreben der arbeitenden und gestaltenden Person und gibt für sie ein kräftiges Motiv, durch konzentriertes Wirken die Güter der Welt in ihre Netze zu ziehen. Die Einrichtung ist daher sehr zu begünstigen, und ihr allmähliches Werden bildet eine wichtige Stufe in der Geschichte der menschlichen Kultur.

II. Daraus ergibt sich auch von selbst der gewaltige Unterschied, den man jahrhundertelang zwischen der Verfügung über das angestammte und über das selbsterworbene Vermögen gemacht hat: das angestammte Vermögen wird als ein unverbrüchlicher Bestandteil des Familiengutes betrachtet, an dem sich vielfach die Bestrebung der Einzelpersönlichkeit bricht; während umgekehrt, wenn es sich um erworbenes Gut handelt, die Einzelperson, welcher das Vermögen zu verdanken ist, in hohem Maße die freie Verfügung auch für den Todesfall erlangt. Dieser Unterschied verschwindet unter der Übergewalt des beweglichen und mobilisierten Vermögens; nur ausnahmsweise bleibt die Vorzugsstellung des Erbgutes bestehen: das flüssige

Kapital widerstrebt dieser Aussonderung, die ganze Habe bildet eine den Bestrebungen ihres Besitzers unterworfene Einheit.

III. Die Verfügung von Todes wegen hat aber auch nach allgemeiner Betrachtungsweise eine große rationelle Bedeutung. Die Erbfolge im Sinne des gesetzlichen Erbrechtes ist schablonenhaft und typisch, sie kann die individuellen Verhältnisse nicht berücksichtigen: es ist mehr oder minder ein Zufall, wenn das Vermögen an solche kommt, die es zu würdigen wissen und die davon einen richtigen Gebrauch machen; während, wenn der Vermögensinhaber verfügen kann, er eine Auswahl zu treffen und die Personen zu bezeichnen vermag, bei welchen eine angemessene Vermögensbetätigung zu erwarten steht; und gerade der Erblasser wird an der richtigen Auswahl des Nachfolgers ein starkes Interesse haben, er wird auch meist die nötige Sachkenntnis besitzen, und wenn er sich irrt, so wird er doch dabei meist richtiger verfahren, als das Schicksal oder vielmehr der Zufall. Auch hier ist es rationell, den Zufall zu überwinden (§ 29). Hierdurch ist es möglich, daß größere Vermögensmassen gemeinsamen Aufgaben der Wirtschaft dienen, anstatt zerteilt und zerfasert zu werden.

IV. 1. Allerdings unterliegt auch das Testament wesentlichen Bedenken; gelten doch hier alle Einwürfe, welche das Schenkungsinstitut treffen (§ 114), in gesteigertem Maße; denn hier handelt es sich um Zuwendungen, welche das Vermögen nicht dem Eigentümer selbst, sondern erst seinen Nachfolgern entfremden.

Während der Trieb zu schenken durch den Gedanken der Minderung des eigenen Vermögensgenusses und der eigenen Vermögensmacht zurückgehalten wird, liegen diese hemmenden Momente dem Testamente fern, und der Erblasser, wenn er schwachen Charakters und der Suggestion zugänglich ist, kann zum Spielball jäher Leidenschaften und schleichender Schlechtigkeiten werden.

2. Dem kann nur entgegengewirkt werden durch die Kräftigung der Persönlichkeit überhaupt. Die Erziehung muß dahin abzielen, daß die Person Selbständigkeit und Folgerichtigkeit lernt und den augenblicklichen Einflüssen Anderer nicht ausgesetzt ist.

V. Allerdings können auch Rechtsbestimmungen sichernd einschlagen; so ist schon die freie Widerruflichkeit des Testamentes von außerordentlichem Wert: hat er sich einmal zu einer Verfügung verstanden, so kann er sich beliebig wieder befreien und braucht nicht das ganze Leben darüber zu trauern. Auch nach der entgegengesetzten Richtung hin ist die Widerruflichkeit wünschenswert: gar mancher wird sich wohl hüten, Verfügungen zu treffen, die ihn für immer fesseln und ihm die Möglichkeit der Änderung entziehen.

Gar mancher wird infolgedessen eine Verfügung immer und immer wieder hinauszögern, auch schon in dem Gedanken, daß die Umstände sich ändern, und was heute passend ist, sich später als ungeeignet herausstellen möge. Auf diese Weise würden eine Menge wohltätiger Zuwendungen nicht getroffen: man verschiebt sie von Tag zu Tag, bis es zu spät ist; während, wenn es sich um ein Testament handelt, der Gedanke des Widerrufs dem Erblasser stets tröstend vor der Seele schwebt.

2. Erbvertrag. — **§ 123.**

Alle diese Momente sind ein dringender Grund gegen den den Erblasser bindenden Erbvertrag, der, einmal in einer schwachen Stunde geschlossen, den Erblasser bezüglich seines ganzen Erbvermögens für immer fesselt und daher geradezu lähmend auf den Erwerbssinn und die Erwerbsfreudigkeit einwirkt: nichts niederdrückender, als das Gefühl, nunmehr für fremde mißliebige Interessen arbeiten zu müssen. Nur Erbverträge unter Ehegatten, namentlich in Verbindung mit dem Ehevertrag, mögen eine Ausnahme machen. Auch sonst können möglicherweise dringende Umstände es rechtfertigen, daß man über die Grundregeln der Personenfreiheit hinausgeht: wenn z. B. jemand nur auf diese Weise noch den Unterhalt seiner alten Tage sich erwerben kann, daß er dem Gegenpart, der ihm den Unterhalt gewährt, eine feste Anwartschaft auf sein Vermögen verschafft.

Allein hier handelt es sich um „Ingos", um Personen, die bereits dem Erwerbsleben abgestorben sind; im großen Ganzen aber widerspricht der Erbvertrag dem Grundsatz der eigenpersönlichen Freiheit viel zu sehr, als daß er als gesunde Einrichtung betrachtet werden könnte; und wo immer man ihn in blinder Anlehnung an frühere Zustände unbedingt angenommen hat, muß es als ein gesetzgeberischer Fehler betrachtet werden. Das deutsche Recht war allerdings so sehr an den Erbvertrag gewöhnt, daß man Mühe hatte, den Leuten auszureden, daß eine im Testament enthaltene Bestimmung, wonach keine Änderung mehr erfolgen solle, das Testament unverbrüchlich mache [142]).

3. Freiteil. Pflichtteil. — **§ 124.**

I. Allgemeines. II. Würdigung.

I. Einem anderen Gesichtskreis gehört die Frage an, ob das Erbvermögen völlig der Verfügung des Erblassers frei steht oder ob nicht gewisse nahe Angehörige Rechte haben, an welchen sich die Verfügungsgewalt bricht. Den Unterschied zwischen angestammtem und erworbenem Vermögen hat man aufgegeben. Wohl aber hat man vielfach

1. an Stelle dieser Unterscheidung das Vermögen bruchteilsweise in einen freien und einen den Angehörigen verfangenen Teil (Freiteil — Erbvorbehalt) zerlegt; so in Ländern des fränkischen (französischen) Rechts; oder

---

[142]) Arch. f. Bürgerl. R. XXI S. 245.

2. man hat den Gerichten die Möglichkeit gegeben, Verfügungen zu vernichten, wenn sie die Angehörigen in sinnloser Weise behandelten; so das griechische und das römische Recht in seiner früheren Entwickelung. Dieses hat aber später den Rechtsgedanken zu einem eigenen Rechtsinstitut, dem Pflichtteil, verdichtet: man hat den Satz aufgestellt, daß gewissen Angehörigen nur dann, wenn sie sich in starker Weise verfehlt haben, das Vermögen ganz entzogen werden darf, während ihnen sonst mindestens ein bestimmter Vermögenswert, der Pflichtteil, zukommen soll; dies ist das Pflichtteilrecht, das in die meisten Länder Europas eingedrungen ist (§ 114). Auch andere Rechte, z. B. der Islam, gestatten eine Verfügung nur über einen Teil des Vermögens.

II. Allerdings hat der Pflichtteil die Schattenseite, daß sehr bedeutungsvolle Verfügungen über das Vermögen unterbleiben müssen, und insbesondere nimmt er dem Hausvater die Möglichkeit, die Zerteilung des Erbgutes zu verhüten und das Vermögen dadurch zusammenzuhalten, daß er es einem einzelnen Kinde zuweist. Doch dies ist das geringere Übel. In schwierigen wirtschaftlichen Zuständen können ja Ausnahmen gemacht werden, und wenn das englische und angloamerikanische Recht den ganzen Pflichtteil beiseite geworfen hat, so ist dies eine gewaltsame Überreizung der individuellen Macht, die nur dann erträglich ist, wenn sie durch den Zügel gesellschaftlicher Sitte gebändigt wird.

4. Nacherbeneinsetzung. Familienfideikommiß. Stiftung. — § 125.

I. Nacherbeneinsetzung. II. Familienfideikommiß. III. Stiftung. IV. Wakf.

I. Der menschliche Verfügungstrieb, einmal erwacht, ist unersättlich. Man blieb nicht dabei stehen, das Vermögen einmal zuzuwenden, man wollte mehrfach, generationsweise darüber verfügen, man wollte bestimmen, daß es hintereinander verschiedenen Erbfolgen unterworfen sei, so daß auf die eine Erbfolge eine zweite und dritte folgte: Vorerbschaft, Nacherbschaft. Dieses Verhältnis stellt sich in der Person des Vorerben als eine Gebundenheit heraus; denn da der Übergang zum Nacherben sich kraft auflösender Bedingung vollzieht, so ist die Verfügungsbefugnis des Vorerben kraft der Grundsätze der auflösenden Bedingung beschränkt. Auch weitere Beschränkungen sind oft notwendig, um den Nacherben zu sichern und das Vermögen zu verklammern. Hierdurch entsteht die Rechtslage, daß auf der einen Seite der Vorerbe gebunden, auf der anderen Seite der Nacherbe sichergestellt ist. Wenn daher, was oft vorkommt, der Nacherbe derjenige ist, der nach aller Voraussicht den Vorerben selber wieder

beerben würde, so ist die Sachlage doch von der gewöhnlichen verschieden; denn der Nacherbe wird der Erbe nicht des Vorerben, sondern des Erblassers in bezug auf das von diesem herrührende Vermögen, und für dieses Vermögen ist durch die Verklammerung gesorgt.

Diese Steigerung des individuellen Rechts, die natürlich unter der Zucht des Pflichtteilsrechts steht, hat sich trotz aller Bedenken bei vielen Völkern zur Geltung gebracht. Der Hauptgrund ist der, daß das Vermögen gegen Zerblätterung geschützt und in seiner ungeschmälerten Gesamtheit einem ferneren Geschlechte erhalten werden soll; und dies ist besonders bedeutsam, da es eine nicht seltene Erscheinung ist, daß auf eine wirtschaftliche Generation eine unwirtschaftliche folgt: hier erweist sich diese Einrichtung oft als sehr heilsam, um das Vermögen auf die dritte Generation hinüber zu retten. Wie sehr die ganze Einrichtung ein gesellschaftliches Bedürfnis ist, geht daraus hervor, daß das römische Recht, welches sich zuerst vollkommen ablehnend verhielt, sie auf einem Umwege übernahm, nämlich durch Vermittlung des Universalfideikommisses, und daß der Code civil, der zuerst mit Feuer und Schwert gegen diese Einrichtung kämpfte, doch andererseits wieder, wenn auch in bescheidenem Maße, ihre Daseinsberechtigung anerkannt hat. Allerdings können derartige Verfügungen, weil sie das Vermögen verklammern, nicht nur dem Einzelnen schädlich, sondern der ganzen Kultur verhängnisvoll werden; insbesondere wäre es bedrückend, wenn ganze Geschlechter- und Jahrhundertfolgen dadurch gebunden wären: die Zukunft würde erdrosselt unter der Gewalt der Vergangenheit; der Individualismus würde sich sein eigenes Grab graben: der Erblasser, welcher späteren Geschlechtern seinen Willen aufdrängen wollte, würde sich herausnehmen, für ferne Zeiten Gesetze zu geben. Natürlich werden die kommenden Zeiten sich solches nicht gefallen lassen, und so entsteht aus dem Kampfe der verschiedenen Systeme die notwendige Beschränkung. Man pflegt also mehr oder minder einen Mittelweg einzuschlagen und eine Verklammerung für einige Zeit zu gestatten, nach deren Ablauf das Vermögen frei wird.

II. Für alle Zeiten will allerdings das Institut des Familienfideikommisses ein bestimmtes Vermögen binden; meist ein Grundstücksvermögen, für welches sich eine solche Verklammerung am ehesten rechtfertigt. Doch kann dies nur mit staatlicher Genehmigung und unter besonderen Umständen geschehen, und auch so unterliegt das seinerzeit aus der Not der Zeiten geborene Institut wesentlichen Bedenken[143]).

III. Für alle oder doch für unbestimmte Zeiten gilt ferner die Stiftung (§§ 50, 51); aber ihre Eigenart überwindet viele Bedenken: das Stiftungsgut bildet einen Vermögenskreis, der einem bestimmten Zweck gewidmet wird und auch in Zukunft keine anderen Funktionen haben soll, als diesem Zwecke zu dienen.

Derartige Verfügungen sind notwendig, damit auf diesem Wege größere Vermögensmassen den Zwecken der Humanität, der Kunst und Wissenschaft auf die Dauer gewidmet werden können; denn eine große Menge von Kulturzielen läßt sich nur auf solche Weise erreichen, und insbesondere hat es hohen Wert, daß gewisse Aufgaben der Menschheit eine ständige unablässige Förderung erfahren und nicht etwa bloß zeitweise gepflegt und dann beiseite ge-

[143]) Recht und Persönlichkeit S. 164.

worfen werden. Dem kühnen Wagen des menschlichen Geistes geziemt Beständigkeit, und zwar nicht bloß von seiten des Einzelnen, sondern von seiten der Gesamtheit. Nur dadurch kann das Höchste erreicht werden, sei es in der Erkenntnis, sei es in ästhetischer oder religiöser Bildung, oder sei es auch nur, was Wohltätigkeit und Wirtschaft betrifft. Daraus ergibt sich von selber die Berechtigung der Stiftung und die Anforderung, daß das Recht sich diesem Institute gegenüber nicht ablehnend verhalten, sondern es fördern und begünstigen soll; andererseits sind auch die Gefahren nicht zu unterschätzen, da möglicherweise gewisse Zwecke nur zeitweilige Bedeutung haben, und gewisse Betätigungen, die für die eine Zeit förderlich sind, den Interessen der Zukunft widerstreben: so kommt es, daß man sich genötigt sah, mehr oder minder Beschränkungen einzuführen. Doch ist der Gedanke der Stiftung ein fruchtbarer und für jetzt und für die Zukunft bedeutsamer; er hat sich reichlich im Morgenlande wie im Abendlande entwickelt; er gehört zu den Glanzseiten des griechischen Rechts.

IV. Im Islam hat sich als wakf oder habu ein Institut gebildet, das Nacherbeinsetzung, Familienfideikommiß und Stiftung unter gemeinsamen Normen vereinigt [144].

---

[144]) Orientalisches Recht S. 92.

Zweites Buch

Recht der Gesamtheit

Erster Abschnitt

Staatsrecht

Erstes Kapitel

Wesen und Bedeutung, Entwickelung, Idee, Organisation des Staates.

I. Wesen und Bedeutung des Staates

1. Der Staat als Kultur-, Macht-, Ordnungs- und Rechtsstaat.

a) Der Staat als Kulturstaat. Theorien des Anarchismus und des Weltreichs. — **§ 126.**

I. Der Staat als Kulturstaat. Hegel. Nietzsche. II. 1. Theorie des Anarchismus: a) Stirner, Reclus, Fourier; b) Propaganda der Tat; 2. Theorie des Weltreichs.

I. 1. Der Staat ist die als Persönlichkeit organisierte Gemeinschaft, welche sich kraft eigenen Rechts die allseitige Förderung der Kultur und den Schutz gegen Unkultur zur Aufgabe macht[145]).

2. Der Staat ist also Kulturstaat, und als Kulturstaat trägt er die Rechtfertigung in sich, ja nicht nur die Rechtfertigung, sondern auch die Heiligung: den Staat bezweifeln, heißt die Kultur bezweifeln; denn eine Kulturentwickelung ohne eine geregelte energische Tätigkeit der Gesamtheit und ohne die nötigen gesellschaftlichen Schutzmittel ist eine Unmöglichkeit. Die Kultur aber ist das Heiligtum der Menschheit.

Dies drückt auch Hegel damit aus, daß er den Staat als die Verwirklichung der vernünftigen Idee erklärt, und in treffenden Worten hat auch Nietzsche dargelegt, daß es schon eine Entwürdigung sei, den Staat zur

---

[145]) Unvollkommen ist die von Hugo Grotius I 1, 14 nach Aristoteles gegebene Definition: civitas coetus perfectus liberorum hominum, juris fruendi et communis utilitatis causa sociatus. Denn was ist communis utilitas? Treffender Aristoteles in der oben (§ 20) angeführten Stelle seiner Politik; vgl. § 135.

Rede zu stellen und ihn nach seiner Legitimation zu befragen[146]). Allerdings darf Hegels Vorstellung von der Verwirklichung der sittlichen Idee durch den Staat nicht übertrieben werden: der Staat ist die höchste Gemeinschaftsform, aber nicht die einzige Gestaltung, in welcher sich die menschliche Gesellschaft zur Kultur hervorarbeitet. Zu diesen Gemeinschaftsformen gehören auch die Kirchen und Religionsgenossenschaften und gehören die vielen philanthropischen und Bildungsgesellschaften. Aber allerdings „der Staat mit seiner Macht steht im Hintergrund“[147]).

3. Der Staat schöpft seine Berechtigung einfach daraus, daß eine andere zweckentsprechende Menschenvereinigung zur Kulturförderung und zur Zurückdrängung aller feindlichen Bestrebungen nicht möglich ist: mit dem Staat steht und fällt die Kultur; will man eine Kultur haben, so muß man einen Staat haben; einen anderen Weg gibt es nicht.

II. Man hat zwar versucht, zwei weitere Theorien, eine Theorie des Anarchismus und eine Theorie des Weltreichs, aufzustellen.

1. a) Die Idee des Anarchismus, eines Einzellebens oder Gesellschaftslebens ohne den Staat, ist nicht nur eine Ungeheuerlichkeit, sondern ihre Verbreitung, ja auch nur ihre Äußerung, ist ein entsetzliches Unrecht gegen die Menschheit und kann in den destruktiven Elementen, die gegenwärtig so machtvoll geworden sind, ungeheures Unheil herbeiführen. Die anarchistische Theorie ist, soweit sie Theorie bleibt, großenteils ein kindischer Dilettantismus, und soweit sie beginnen will, wissenschaftlich zu werden, erhebt sie sich nicht über Phrasen und Luftgebilde; sie strebt nach einer Negation des Staates, selbst des kommunistischen Staates, und erfordert Selbstherrlichkeit des schrankenlosen Individuums, das man nur insofern beschränken will, als es sich zu beschränken für gut findet und in seinem Selbstinteresse für förderlich erachtet. So haben es Heß und Grün zu entwickeln versucht, vor allem aber Stirner (1806—57, Pseudonym für Kaspar Schmidt) in seinem fluchwürdigen Buch „Der Einzige und sein Eigentum“ (1844) und sodann später Reclus; auch der Gaukler Fourier mit seinen Phalangen ist hierher zu zählen. Proudhon dagegen gehört nicht zu dieser Klasse; denn er strebt nach dem kommunistischen Staate, und dieser ist alles Andere als anarchistisch (§ 44).

b) Die Idee einer solchen Zukunft der unbeschränkten Einzelherrlichkeit ist nur möglich unter vollständiger Verkennung der menschlichen Natur, ja sie ist ein solcher Wahnsinn, daß darüber nicht weiter zu sprechen ist. Ähnliche Lebensverhältnisse der vollständigen Ablösung von aller staatlichen Ordnung wären überhaupt nur momentan erträglich in religiös erhitzten, ungesunden Zuständen, die sich aber dann sehr bald abkühlen und dem schrecklichsten Gewaltwesen Platz machen. Für ein solches törichtes Gebilde hat man seit Bakunin und seinem Emissär Netschajew und seit Most die verdammenswerte Propaganda der Tat aufgestellt, d. h. das nihilistische Verbrechen angepriesen, nicht als Verbrechen zu bestimmten revolutionären Zwecken, sondern einfach als Mittel zur Erschütterung der bestehenden Gesellschaft und als Beispiel zur Aufwiegelung anderer. Man suchte dadurch das Gefühl für den Staat zu lockern, den Gedanken der segensreich ordnenden

---

146) Vgl. Arch. f. Rechtsph. I 359.

147) Recht und Persönlichkeit S. 56. Vgl. über den Hegelschen Staatsbegriff auch Arch. f. Rechtsph. V. S. 108.

Gewalt des Staates zu untergraben und die Meinung zu verbreiten, daß der Staat als willkürliche Gewaltanstalt ebenso gut nicht sein könnte. Hier hört die Theorie auf, hier beginnt das Verbrechen.

2. Eine andere Möglichkeit der Existenz ohne Staat wollte man aufstellen, daß nämlich an Stelle der Einzelstaaten ein Weltreich trete, wovon die Einzelstaaten nur die untergeordneten Glieder bildeten. Allein derartige weltrechtliche Ideen sind noch lange nicht an der Zeit; dies haben die furchtbaren Ereignisse unserer Tage gezeigt. Auch bilden die europäischen Staaten immer noch ihre eigenartigen Individualitäten, die sich ausleben müssen und nur in der Sonderheit das Höchste der Kultur erreichen können. Erst allmählich werden die Nöte der Zeit und die überwiegenden Gemeinschaftsinteressen einen engeren Zusammenschluß zu Staatenbünden und schließlich auch zu Bundesstaaten ermöglichen, welche letztere Form eben den Übergang zum Weltstaat im Kleinen darstellt (§§ 190, 194).

b) Der Staat als Machtstaat. Souveränitätslehre. — **§ 127.**

Der Staat ist Persönlichkeit. Sein Verhältnis zu den Staatsangehörigen ist das Verhältnis der juristischen Gesamtperson zu ihren einzelnen Mitgliedern (§ 67). Wie andere Gesamtpersonen stellt der Staat Anforderungen an die Mitglieder, und diese haben sowohl Rechte der Organschaft als auch eine Schutz- und Vermögensstellung gegen die Gesamtperson. Der Unterschied zwischen dem Staat und anderen juristischen Personen liegt nur darin: der Staat ist nicht nur Kulturstaat, sondern auch Machtstaat, welcher die Anforderungen gegen seine Mitglieder direkt durchzusetzen vermag, während die übrigen juristischen Personen sich nur dadurch helfen können, daß sie entweder widerspenstige Mitglieder ausstoßen oder die Hilfe des über ihnen stehenden Staates anrufen. Man spricht darum von der Autorität des Staates oder auch von Souveränität, — Souveränität, hier nicht als Souveränität nach außen, sondern nach innen gedacht. Der Begründer der Souveränitätslehre ist Bodinus (§ 153).

c) Der Staat als Ordnungs- und Rechtsstaat. — **§ 128.**

I. Billige Lastenverteilung: Ordnungsstaat. II. Wahrung der subjektiven Rechte: Rechtsstaat. Enteignung. III. Das Postulat des Ordnungs- und Rechtsstaats als Pflicht des Staates. IV. Andere Aufgaben.

I. Der Einzelne steht zum Staat nicht im Verhältnis der Unterwerfung, sondern des opfervollen Dienstes kraft seiner eigenen Lebensinteressen. Wenn er seine Stellung ausfüllt, so handelt er zugleich für sich und seine Angehörigen. Ginge der Staat zugrunde, so gingen auch seine Interessen zugrunde, ja alle Segnungen, welche eine tausendjährige Kulturtätigkeit gebracht hat, und damit unendliche Güter, an denen jeder teilnimmt. Die Anforderungen des Staates können auf alles gehen, was die Erhaltung und Förderung der Staats- und Kulturinteressen als nötig er-

scheinen läßt, auch auf das Opfer von Leib und Leben. Daraus aber, daß der Einzelne nicht im Stande der Unterwerfung, sondern des opfervollen Dienstes steht, geht von selbst hervor: die Verteilung der Lasten soll nicht willkürlich, sondern nach bestimmten billigen Grundsätzen abgestuft sein; denn der Staat muß auch in dieser Beziehung sich als Ordnungsstaat darstellen.

II. Daher soll auch das einmal Bestehende aufrecht erhalten und nicht beliebig gestört werden. So ist der Ordnungsstaat von selbst auch Rechtsstaat. Hat unsere Kultur, wie oben gezeigt (§ 50), nicht nur ein objektives Recht, sondern auch subjektive Rechte erzeugt, so soll der Staat die subjektiven Rechte nicht ohne weiteres umwerfen und zu Boden schlagen, sondern er soll nur unter ihrer möglichsten Wahrung in der Kulturentwickelung weiterschreiten. Hier wird sich nun allerdings nicht selten ein Zusammenstoß ergeben; denn häufig verlangen die Kulturbedürfnisse dringend die Niederlegung vorhandener Rechte. Die Lösung dieses Widerspruchs liegt im Enteignungsinstitut, d. h. in der Möglichkeit der Zerstörung eines Rechtes gegen eine angemessene ausreichende Entschädigung. Die Enteignung ist der eigentliche Nerv des Rechtsstaats in seiner Verbindung mit dem Kulturstaat. In ihr gibt sich die fortschrittslüsterne Sehnsucht des Kulturstaates im Gegensatz zu der erhaltungssüchtigen Ständigkeit des Rechtsstaates kund (§ 65).

So treffend Hugo Grotius II 14, 7, dem allerdings viele Andere vorhergingen: Sed hoc quoque sciendum est, posse subditis jus etiam quaesitum auferri per regem duplici modo, aut in poenam, aut ex vi superimentis dominii. Sed ut id fiat ex vi supereminentis dominii, primum requiritur utilitas publica; deinde, ut si fieri potest, compensatio fiat ei, qui suum amisit, ex communi.

III. Das Postulat des Ordnungs- und Rechtsstaates muß aber so aufgefaßt werden: es ist nicht eine Beschränkung der Staatsgewalt, sondern eine Pflicht des Staates in seiner Eigenschaft als eines nach Ordnung und Billigkeit handelnden Machthabers. Wenn der Staat als Gesetzgeber die Schranke nicht wahrt, so verletzt er möglicherweise seine Pflicht, aber seine Machtverfügung gilt trotzdem.

Nur insofern bewirkt das Postulat eine Beschränkung, als die Verwaltung, d. h. die unter der Gesetzgebung stehende Staatstätigkeit, an die Schranke gebunden ist; die gesetzgeberische Autorität aber kann darüber hinausgreifen (§ 143). Übrigens besteht jene Pflicht des Staates nicht unbedingt. Es gibt Fälle, wo sich Rechte überlebt haben, wo sie formell noch weiter bestehen, aber der ganzen Kulturordnung zuwider sind. Hier ist es nicht ungerecht, wenn das Gesetz sie den neuen Verhältnissen ohne weiteres opfert[148]), vor allem wenn das Opfer nicht einen Einzelnen, sondern ganze Bevölkerungsklassen trifft und daher nicht den Charakter individueller Willkür an sich trägt.

---

[148]) Vgl. Lehrb. d. Bürgerl. R. Allg. Teil S. 86 f.

IV. Der Staat ist aber nicht bloßer Rechtsstaat, denn er hat noch andere Aufgaben als die Behütung subjektiver Rechte. Das Gegenteil hat man vielfach im Anfang des 19. Jahrhunderts gelehrt[149]); auch Schopenhauer hat sich dieses Irrtums schuldig gemacht. Diese Anschauung, welche eine Reaktion gegen Willkürlichkeiten des s. g. Polizeistaates sein wollte, verarmt den Staat und die Staatsaufgaben; sie verkennt, daß das Element des Rechts im Staate nicht andere Elemente verdrängen darf und daß die Anerkennung des Rechts schon an sich es ausschließt, daß der Staat in dasjenige verfällt, was man Polizeiwillkür nennt.

Richtig sagt bereits Burke, Reflections on the revolution of France (8. Aufl. 1791 S. 143 f.), der Staat sei eine Gemeinschaft für jede Kunst, für jede Tugend, für jede Vollkommenheit[150]).

2. Der Staat als organisierte Persönlichkeit. Beamte und Laien. — § 129.

I. Der Staat als juristische Person bedarf eines Stabes von Organen, welche nach den verschiedensten Richtungen für ihn tätig sind; denn seine Aufgabe ist eine so vielseitige, daß sie nur gelöst werden kann, wenn eine Fülle sachkundiger Personen diesen Zwecken ihre ganze Kraft widmet. Aber der Staat soll nicht bloß Beamtenstaat sein: es liegt in seiner Lebensaufgabe, daß auch Nichttechniker, sog. Laien, an der Regierung des Staates mitwirken.

Dies hat nicht nur einleuchtende unmittelbare, sondern auch große mittelbare Vorteile. Zwar ist der Laie in bezug auf technische Bildung, Können und Erfahrung dem Beamten weitaus unterlegen, aber seine Zuziehung hat den ungeheuren Vorzug, daß die Staatseinrichtungen nicht verknöchern und die Leistungen der Staatsorgane nicht einseitig werden, daß immer frisches Blut in die Regierung kommt, mit neuen Ansichten, neuen Erfahrungen, im Anschluß an die reichen Betätigungen des Lebens. Die Regierung soll nicht aus dem frischen Volksleben herausgehoben werden, sondern sie soll mitten im Volksleben stehen: die ganze Einsicht des Bürgertums soll dem Staate dienstbar gemacht werden.

II. Außerdem hat aber die Zuziehung der Laien auch große mittelbare Bedeutung; denn dadurch wird die Einheit des Staates gewahrt, wird bewirkt, daß nicht unüberbrückbare Gegensätze zwischen den Klassen derer entstehen, welche in der Staatsleitung etwas zu sagen haben, und dem „regierten" Volke. Eine strenge Scheidewand zwischen beiden ist von großem Übel: sie drängt zur Zerreißung des Volkes und führt namentlich dahin, daß man der Regierung und ihren Maßnahmen mißtrauisch gegenübersteht und immer befürchtet, durch Willkür herrschender Organe benachteiligt zu werden. Dieses schwindet, wenn Leute aus dem Volke in die Regierung eintreten, und

---

[149]) Im Altertum der Sophist Lykophron, der den Staat als Sicherungsanstalt zum gegenseitigen Schutze der Einzelrechte betrachtete, Aristoteles, Politik 1280 b.

[150]) Vgl. auch Shakespeare an der Stelle, welche ich in meinem „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" 1. Aufl. S. 249 und in der Abhandlung „Die Staatsidee Shakespeares in Richard II", Shakespeare-Jahrb. 53, S. 2 f. erwähnt habe.

zwar nicht etwa für ständig, sondern zeitweilig und wechselnd, so daß immer wieder ein Strom und ein Rückstrom entsteht: von der Regierung zum Volke und vom Volke zur Regierung. Dies ist auch großenteils die Bedeutung der Volksversammlung und des Parlaments.

II. Staatsentwickelung

1. Totem- und Geschlechterstaat. — § 130.

I. Totemstaat. II. Geschlechterstaat.

I. Der Staat ist aus soziologischen Zuständen hervorgegangen, die vor den Zeiten menschlicher Vernunft bereits in animalischen Verhältnissen bestanden. Nach der Menschwerdung der Anthropoiden, welche vielleicht nicht von einer, sondern von verschiedenen Arten der Anthropoiden ausgegangen ist, hat das soziale Zusammensein vernünftige Elemente in sich aufgenommen, und zwar zunächst Elemente religiöser Art. So entstand der Totemstaat, d. h. eine Vereinigung mehrerer durch Einheit des Tiergottes miteinander verbundener Gruppen, welcher heilige Verband sich aber allmählich löste, indem der Totemgedanke entweder unterging oder andere, vom Geschlechtertum abgewendete, Formen annahm. Unter Totem versteht man ein heiliges Wesen, von dem man glaubt, daß es mit einer bestimmten Familie untrennbar verbunden ist, meist ein Tier, aber auch eine Pflanze oder ein anderes Naturgebilde. Später löst sich der Totem von der Familie ab und wird zum Heiligtum des Einzelnen (Schutzgeist, Manitu). Die ursprünglichen Staaten waren Verbindungen mehrerer Totems zu einer Einheit, namentlich zu einer geschlechtlichen Einheit, indem die Totems sich gegenseitig heirateten [150a]).

II. Nach Zerstörung der Totemgemeinschaft bleibt der Geschlechterverband übrig; er beruht, wie jener heilige Verband, im wesentlichen auf Blutseinheit, aber unter Abwerfung des Tiergottes, welcher die Familien zu einem einheitlichen Geiste zusammengeschmolzen hatte. An Stelle des Totemkultes tritt jetzt der Ahnenkult, und die Geister der Verstorbenen sind es, welche die Familie vereinigen, welche dem Geschlecht die Festigkeit geben, und in deren Verehrung das Ganze seine Weihe findet. Alle unsere Kulturstaaten waren ehemals Geschlechterstaaten, und in der Einheit des Blutes, in der Einheit der Abstammung, in der Einheit der Lebensanschauung fanden sie ihre Stärke.

Ein solcher Geschlechterstaat bedarf des fest bestimmten Staatsgeländes nicht; er bleibt derselbe, auch wenn die Geschlechter wandern: die deutschen Stämme blieben, auch als sie vom Balkan durch die endlosen russischen Ebenen nach der Elbe, von da nach dem Rhein, nach der Rhone, und sodann

---

[150a]) „Zur Urgeschichte der Ehe. Totemismus, Gruppenehe, Mutterrecht“, Z. f. Vgl. R. 12, 187 ff. (auch selbständig, 1897).

nach Italien strömten; und ebenso verhält es sich mit den zahlreichen Bantustämmen und hamitischen Völkern, die sich in ständiger Wanderung befinden und ihre Wohnsitze verschieben. Es liegt ein außerordentlicher Gemeinschaftsnerv in dieser Verbindung, und es ist begreiflich, daß alle Lebenserscheinungen hier gesellschaftlich sind, und das ganze Tun und Trachten sich in dem einen Gedanken vereinigt, daß jeder ein Mitglied des Geschlechtes ist, dessen ruhmvolle Ahnen göttlich verehrt werden, und das vor den Augen seiner Vorfahren die neuen großen Taten vollbringt.

2. Geländestaat. — a) Entstehung des Geländestaats. — § 131.

I. Aufnahme Fremder in den Geschlechterverband. II. Herrschaftsausdehnung auf Ausmärker. Folgen der Eroberung und Ansiedlung.

I. Eine ungeheure Umwälzung tritt ein, wenn an Stelle des Geschlechterverbandes der Geländeverband (Territorialverband) tritt, und dies zeigt sich in zwei wichtigen rechtlichen Einrichtungen, welche das ganze Leben und Treiben erfassen. Die eine besteht darin, daß man Personen in den Volksverband aufnimmt, die nicht diesen Geschlechtern angehören, so daß die Zahl der Geschlechter und Familien sich stets mehren kann, und daß auf diese Weise Leute eintreten, welche nicht die gemeinsamen Geister verehren, und deren Ahnen in keiner Weise mit den Kultahnen zusammenhängen. Die Aufnahme der Neulinge kann geschehen durch sakrale Übernahme in den Treuverband, sie erfolgt für die Frauen fast überall durch Verheiratung; vielfach nimmt man aber auch ein jus soli an, so daß jeder, der auf dem Gebiete geboren ist, von selbst — unter bestimmten Umständen — dem Volke verfällt und Stammesgenosse und Staatsangehöriger wird[151]).

Natürlich gibt sich darin schon eine gewisse Abnahme des Ahnensystems kund, und lange werden die Geschlechter dies als Bedrückung gefühlt und die Zukömmlinge mit aller Kraft zurückgedrängt haben; doch läßt sich dieses Geschehnis ebensowenig wie jede andere Entwickelung, welche in den verborgenen Falten der Weltgeschichte liegt, zurückhalten: was die Weltgeschichte will, das kann der Menschengeist zeitweise hemmen, aber nicht auf die Dauer unterdrücken.

II. 1. Dazu tritt ein Zweites. Während sonst das Geschlecht nur in und für sich lebt, nur sich und seine Sklaven in den Bereich seiner Gewalt zieht und sonstige Personen, auch wenn sie auf dem nämlichen Gelände leben, in ihrem eigenen Kreise walten läßt, so tritt jetzt die Notwendigkeit ein, über ein bestimmtes Gebiet, in welchem die Staatsgenossen die Vorhand haben, eine Vollherrschaft auszuüben. Die Zwiespältigkeiten mit den sonstigen Gebietsbewohnern, den Ausmärkern, werden so zahlreich und so stark, daß man nicht anders kann, als die Herrschaft auch auf sie auszudehnen, wenigstens insofern, als man

[151]) Vgl. meinen Aufsatz in Z. f. Völkerr. III S. 113.

gewisse, dem Staate feindliche Betätigungen zurückhält, gewisse Polizeivorschriften feststellt und den Übergriffen dieser Fremdbevölkerung wehrt. Namentlich das Häuptlingtum wird in dieser Beziehung oft kraftvoll hervortreten (§ 146). Damit ist die Idee des Geländestaates befestigt: nicht nur, daß die Geschlechter auch Nichtgeschlechter in ihren Kreis aufnehmen, sondern auch die dem Kreis der Staatsangehörigen fernen Personen müssen sich dem Gebote des herrschenden Volkes fügen.

Das ist das System, das bei allen unseren Kulturstaaten nach Zerstörung des altgermanischen Geschlechtergrundsatzes durchgeführt ist; und nur in einigen Orientstaaten bleibt noch das alte System (kraft der Kapitulationen) bestehen; aber es ist ein Privileg, welches sich die Abendländer in ihrer Hochkultur gegenüber dem Morgenlande ertrotzt haben, und das bestimmt ist, mit der Zeit unterzugehen.

2. Diese Überherrschaft des einen Bevölkerungselements über das andere wird wesentlich gefördert durch die Eroberung. Es kommt vor, daß die Eroberer das ursprüngliche Volkstum völlig zurückdrängen oder ganz zur Vernichtung bringen, so daß es in dem Leben des Staates keine Rolle mehr spielt. Es geschieht aber nicht selten, daß die alte Bevölkerung als eine zweite Schicht erhalten bleibt, schon darum, weil die Eroberer nicht in der Lage sind, alle für ihr Leben erforderlichen Nutzarbeiten zu vollziehen, und sich darum der eroberten Bevölkerung als einer hilfskräftigen Volksklasse bedienen.

Das kann in der Art geschehen, daß sie diese bis zum Sklaventum, bis zum Helotentum herabdrücken, oder so, daß sie ihr eine freiere Stellung gewähren, teils in Anerkennung ihrer entwickelten Kultur, teils auch mit Rücksicht darauf, daß die freie Arbeit vorteilhafter erscheint, oder auch weil diese Schicht so mächtig ist, daß man sich mit ihr vertragen muß und sie nicht unbedingt unterwerfen kann. Auf solche Weise entsteht leicht eine Mischbevölkerung, bei welcher die Eroberer sich als die Herren aufspielen und eine Art von Adel bilden gegenüber dem niederen Volke (§ 71).

3. Manchmal tritt auch eine neue Bevölkerungsschicht hinzu, in dem ein Volk aus seinen Sitzen herbeigeschleppt und im Lande angesiedelt wird.

4. Alle diese Umstände bewirken es, daß sich der Geschlechterstaat den veränderten Verhältnissen anpassen und die angefügten Elemente mehr oder minder mit in das Staatsleben einschalten muß. Dadurch tritt die Idee des Geländestaates als herrschende Idee ein, der Geschlechterstaat verschwindet.

b) Staatsangehörigkeit und Wohnsitz. — § 132.

I. Festhaltung des Wohnsitzes neben der Staatsangehörigkeit.
II. Staatsangehörige und Nichtstaatsangehörige.

I. Bei dem Übergang von dem Geschlechterstaat zum Geländestaat wird viel von der Einheit des Volkes in das Staatsgelände verlegt, und das staatliche Herrschersystem erstreckt sich jetzt auf

das Land ohne Rücksicht auf die darauf befindliche Bevölkerung. Dies könnte dazu führen, daß überhaupt nur der Aufenthalt oder mindestens der Wohnsitz im Staatsgelände für die Zugehörigkeit zum Staate entschiede. Solches müßte von selbst eine ungeheure Wandelbarkeit herbeiführen: es gäbe keine Staatsangehörigkeit mehr, die vom Wohnsitz unabhängig ist. Eine derartige Entwickelung wäre nur dann gedeihlich, wenn die Staaten so einheitlich in ihren Bestrebungen wären, daß der Übertritt vom einen zum anderen Staate sich ohne Interessenverschiebung vollzöge. Darum konnte dieses System in Bundesstaaten (§ 194) durchgeführt werden, so daß, wie in den Vereinigten Staaten, die Bürger des Bundesstaats von selber dem einen oder anderen Einzelstaat angehören, je nach ihrem Aufenthalt oder ihrem Wohnsitz. So lange aber die Interessen der Staaten so verschieden, ja sogar einander feindselig sind und ein jeder Staat in einer gewissen Unabhängigkeit seine eigene Entwickelung durchläuft, wäre dieses System verderblich. Es wäre auch ethisch nicht angemessen; denn bei solchen Zwiespalten und Kämpfen gilt es, sich dauernd nach einer Richtung zu schlagen und die Gesamtinteressen des einen oder anderen Gemeinwesens zu den seinigen zu machen. Daher ist es immer noch erforderlich, die Staatsangehörigkeit neben dem Wohnsitz festzuhalten und ihr eine stärkere Bedeutung in der rechtlichen Stellung des Menschen zu geben, insbesondere auch das politische Wirken mit der Staatsangehörigkeit zu verknüpfen.

II. Trotz des Geländegrundsatzes bleibt daher der Unterschied zwischen Staatsangehörigen und Nichtstaatsangehörigen bestehen: die Staatsangehörigen bleiben Staatsangehörige, auch wenn sie sich in einem auswärtigen Lande niederlassen, und die im Inlande angesiedelten Fremden müssen sich zwar der Strafgewalt und der Verkehrsordnung des Inlandes fügen, aber sie bleiben Fremde. Der Unterschied ist ein ganz gewaltiger: der Staatsangehörige steht zu seinem Staate in dem Treuverhältnis des Verbandsgenossen zum Verbande und in einem um so heiligeren Treuverhältnis, als der Staat die höchste Kultureinrichtung ist, der Schatz, den niemand antasten darf, weil in ihm die Lebensquelle für alle liegt. Andererseits ist es auch Sache des Staates, seinen Angehörigen den Aufenthalt im Lande unbedingt zu gewähren und im Auslande den Schutz über sie zu breiten; woraus sich von selbst ergibt, daß er unter keinen Umständen seine Angehörigen ausliefern darf.

Allerdings kann hierbei der Zwiespalt entstehen, daß die Fremden nicht nur außerordentlich zahlreich werden, sondern sogar die Inländer an Köpfen überragen; welche Mißlichkeit man durch die oben bezeichneten Mittel, durch das jus soli u. a. überwinden will, wodurch die Einwohner unter bestimmten Umständen automatisch zu Staatsangehörigen werden (§ 131).

III. Staatsidee

1. Staatstheorien. — a) Orient. — § 133.

I. Patriarchalische Staatsidee in China. 1. Konfutse. 2. Mehti. 3. Laotse. II. Indische Staatsidee. III. Theokratische Staatsideen. 1. Babylonier. 2. Azteken. Ägypter. 3. Juden. IV. Islamitische Staatsideen.

I. 1. Kungfutse (Confucius) hat die altchinesische Anschauung von Staat und Regierung vertieft. Die altchinesische Idee ist: der Staat geht von der Familie aus, mit dem Fürsten an der Spitze; der Fürst ist der Monarch, dessen heilige Aufgabe es ist, für die Wohlfahrt des Volkes und für das Gedeihen der Kultur zu sorgen; er soll mehr durch sein eigenes Beispiel und durch Pflege der Bildung wirken, als durch Strafe und Härte. Fördern soll er zunächst die materielle und dann die geistige Kultur; denn die letztere hat die erstere zur Grundlage. Im Staate soll Ordnung und Regel walten und jeder an seiner Stelle wirken; ein Hineinreden eines jeden in die Staatsangelegenheiten wird ausdrücklich als schlimm und verderblich geschildert [152]). Außerdem geht sein Hauptbestreben dahin, das Alte und das Altertum zu verehren und die guten Einrichtungen früherer Zeit aufrecht zu erhalten. Jedenfalls betrachtet das ganze altchinesische Recht den Staat wie die Familie als eine unter Himmelsschutz stehende Naturbildung, und das Kaisertum ist hierdurch theoretisch gerechtfertigt.

2. Ein Hauptgegner des Confucius war Mehti, ein Philosoph des 5. Jahrhunderts v. Chr. Auch er geht von einem pflichterfüllten Königtum aus, das ohne Vermittlung des Adels unmittelbar mit dem Volke in Beziehung steht. Aber im Gegensatz zu Confucius betont er nicht den Kultus des Alten, sondern er will die ständige Entwickelung und sieht in der Confucianischen Lehre ein wesentliches Hindernis des Fortschrittes. Er ist ein Vertreter der staatlichen Justiz und ein Anhänger der Todesstrafe. Was ihn aber besonders bemerkenswert macht, ist, daß er bereits die Lehre vom Staatsvertrag kennt. Der Staat ist bei ihm nicht eine Natur-, sondern eine künstliche Menschheitsbildung. Die Menschen hätten zuerst systemlos untereinander gelebt, und dann wären sie auf den Gedanken gekommen, sich einem Weisen zu unterwerfen, der Regel und Ordnung schuf [153]).

3. Auch Laotse geht vom patriarchalen Staat aus; er fühlt sich am meisten behaglich in kleinen Staatswesen, welche keine höheren politischen Bestrebungen kennen, kommt aber trotzdem auf die Idee der Staatenverbindung zu sprechen, aus welcher dem größeren und dem kleineren Staate Vorteile erwachsen sollen. Auch er will, daß der Fürst vor allem durch sein Beispiel wirken, daß er herrschen soll, ohne zu drücken; aber auch das Volk soll Mäßigung und Zufriedenheit beweisen. Im übrigen ist er, wie Mehti, ein Vertreter des staatlichen Strafrechts, verwirft die Privatrache und überläßt es dem Staate, die Todesstrafe zu vollziehen [154]). Laotse ist ein Metaphysiker großen Stils, aber kein Staatsphilosoph, wie Confucius.

II. Die indische Gesellschaft ging von republikanisch organisierten Gemeindegruppen aus, in denen sich aber auch bald Häuptlinge und Könige erhoben; doch wird die königliche Macht immer als eine beschränkte dar-

[152]) Man vergleiche die Gespräche Kungfutses, Lun Yü (übersetzt von Wilhelm), namentlich II 6, IV 3, XII 7, 11, XIII 1, 9, 30, XIV 27. Hierüber Arch. f. Rechtsph. IX 364.

[153]) Arch. f. Rechtsph. III S. 23. Vgl. auch § 138.

[154]) Vgl. meine Wiedergabe Laotses 57—66 und 72—80. Über seine Nachfolger Liä Yü Kou und Yang Dschu vgl. Arch. f. Rechtsph. IX S. 364.

gestellt, beschränkt insbesondere durch die Großen, welche eine Art von Staatsrat um den König bilden, und mit deren Zustimmung er in wichtigen Angelegenheiten handeln soll. Zeitweise gelangte die absolute Königsmacht zur Herrschaft, so vor allem unter Chandragrupta und seinem Minister Kautilya oder Chanakya, von dem das Rechtsbuch Artha Sastra herrührt. Doch wurde die königliche Macht vielfach unter die Herrschaft der Brahmanen gebeugt, und die innere indische Staatengeschichte zeigt aus der Folgezeit bis zur Mogulherrschaft einen ständigen Kampf zwischen beiden Elementen: im Manu triumphiert die geistige Macht, in Narada die weltliche[155]).

III. 1. Die babylonische Staatsidee ist wesentlich theokratisch; zwar sind die Götter nicht nur Volks-, sondern auch Stadtgötter, aber sie werden als Stadtgötter zugleich in die staatliche Verehrung aufgenommen. Der König aber ist der Diener Gottes. Der Gewaltigsten einer, Hammurapi, ruft die Gottheit an und erklärt, daß der gute Herrscher durch sie gesegnet, der schlechte mit ihrem Fluche beladen werde. Alles dieses hängt mit den entwickelten Religions- und Kultusverhältnissen und der Morallehre der Babylonier zusammen, auf welche hier nicht näher einzugehen ist[156]).

2. Die theokratische Idee findet sich auch bei anderen Völkern, z. B. bei den Azteken; stark ausgesprochen ist sie in Ägypten, wo der König (ebenso wie bei den Inkas) als der Sohn, als der Verwandte der Gottheit gilt[157]). Wie man aber einen König behandelte, wenn er sich prinzipiell vom Priestertum entfernte, hatte Amenophis IV. und hatte seine neugegründete Stadt Tel Amarna zu erfahren: das Königtum blieb nur groß, wenn es mit dem Priestertum in Verbindung stand.

3. Eine eigenartige Gestalt nahm die Theokratie an bei den Juden, wo sie durch den Kultus des einen Gottes und die machtvolle Einrichtung des Prophetentums beeinflußt wurde.

IV. Einen Erobererstaat und Gottesstaat zugleich hat der Islam geschaffen: der Kalif ist der geistliche und weltliche Herr[158]); trotzdem ist er durchaus nicht auf direkte Einsetzung Gottes zurückzuführen: Mawerdi wie Avicenna lassen den Kalifen ernennen durch die Übereinstimmung der Gläubigen; daß heutzutage das türkisch-tatarische System des Seniorats herrschend geworden ist, steht damit nicht in Widerspruch: die Absetzung Abdul Hamids zeigt, daß die Idee der Gemeinschaft der Gläubigen noch nicht erloschen ist (§§ 148, 150).

2. Im übrigen machen sich schon im Islam die zwei Staatstheorien geltend, welche später in der Auffassung der spanischen Katholiken und in der Auffassung des Hugo Grotius hervortreten (§ 138 f.). Manche Lehrer des Islam betrachteten nämlich die Einrichtung des Kalifats als eine menschliche Schöpfung, beruhend auf der Notwendigkeit des geregelten Zusammenlebens, so die Mutaziliten, im Gegensatz zur Lehre derjenigen, welche das Kalifat auf göttliches Gesetz zurückführten, so insbesondere Abu Hassan a Achari. Mawerdi stellt beide Ansichten nebeneinander, verwirft aber ausdrücklich die Lehre el Açamms und der Haridjiten, welche glaubten, daß das Kalifat nicht notwendig sei, so daß das Volk auch eine andere Staatsherrschaft begründen könne[159]).

---

155) Vgl. Orientalisches Recht S. 103, Arch. f. Rechtsph. V S. 607.

156) Vgl. Jastrow, Religion Babyloniens und Assyriens I S. 51, 107, 273, 393; II S. 1, 138, 203; Kohler und Peiser, Hammurabi I S. 144 f.

157) Orientalisches Recht S. 66.

158) Diese folgenschwere Erscheinung erklärt sich aus der Geschichte und der Eigenart des Propheten, vgl. meine Schrift über den Heiligen Krieg (1915) S. 6 f.

159) Mawerdi, übersetzt von Ostrorog I S. 95 f.

b) Griechen. — α) Plato. — § 134.

I. „Staat.“ II. „Gesetze.“

I. Mit Plato (§§ 19, 44) begann die Serie der Phantasiedarstellungen über den Staat, auf Grund einer erhabenen Auffassung von der Bestimmung der Menschheit und von der Bedeutung des Staatswesens für die menschliche Entwickelung. Diese utopischen Konstruktionen sind zwar aus einer weltabgeschiedenen Idealbetrachtung hervorgegangen, aber sie haben immerhin gewisse Bedeutung als Zielpunkte staatlicher Vervollkommnung; denn es ist der Menschheit stets vorteilhaft, wenn ihr das Ideal vorgehalten wird. Platos Staatsideal allerdings war in hohem Grade willkürlich.

Er setzte sich hinweg nicht nur über das geschichtlich Gegebene, sondern auch über die soziologischen Gesetze des menschlichen Daseins und hat auf diese Weise zu Bestrebungen Anlaß gegeben, welche, als den seelischen Verhältnissen der Völker widersprechend, notwendig scheitern müßten, auch wenn man sie mit tyrannischer Gewalt einführen wollte. Manches ist auf seine Stimmung zurückzuführen und auf die Verstimmung über die Verhältnisse seiner Zeit[160]).

II. In dem Werke seines Greisenalters, in seinen „Gesetzen“, hat er das ursprüngliche Ideal wesentlich geändert, allerdings auch hier in wenig anziehender Weise — der Staat, den er hier darstellt, ist ein agrarischer Polizeistaat mit fest geregelter Familienzucht.

β) Aristoteles und spätere Entwickelung. — § 135.

I. Aristoteles. 1. Der Mensch als staatsbürgerliches Wesen (zoon politicon). 2. Zurückweisung von Kommunismus, Weibergemeinschaft, unorganischer Einheit. 3. Kritik der Ansicht, Aristoteles betrachte den Staat nicht als Rechtssubjekt. II. Weitere Entwickelung.

I. 1. Die Platonische Utopie ist in ihrer ganzen Sophistik und in ihrer absonderlichen Weltabgeschiedenheit in ausgezeichneter Weise von Aristoteles aufgewiesen worden in seinem nie genug zu rühmenden Buche über die Politik (§ 20). Im Gegensatz zu jenem künstlichen Staatszwang geht er zurück auf die Natur des Menschen und spricht das berühmte Wort aus, daß der Mensch von Natur aus ein staatsbürgerliches Wesen (zoon politicon, animal sociale), daß die staatsbürgerliche Gemeinschaft für ihn der richtige Naturzustand sei, und der Staat zu den Gebilden der Natur gehöre. Wie kein anderer vor und nach ihm hat er darzustellen gewußt, daß der Mensch mehr als andere Wesen für die Gemeinschaft geschaffen sei, wie es ja schon seine Sprache beweise; wie die Bienen Staaten bildeten, solle es um so mehr der Mensch tun. Er sagt sogar zutreffend, wie

---

[160]) Vgl. darüber neuerdings Zalesky im Arch. f. Rechtsph. I S. 395, 545, II S. 89.

später Hegel, daß von Natur aus der *Staat früher* sei, *als die Familie und der Einzelne*, ein Satz, den man viel mißverstanden hat, der aber in der gegenwärtigen Kenntnis der Urzustände vollkommen seine Bestätigung findet; denn es ist hiernach sicher, daß der Einzelne ursprünglich gar nicht zur Geltung kommt, sondern nur als Mitglied und Organ der Gesamtheit existiert und wirkt; und vortrefflich schildert er auch, Hobbes vorahnend, daß der Mensch, sofern er nicht ein übermenschliches Wesen sei, und ihm die gehörige Beherrschung fehle, wenn er von Gesetz und Recht losgerissen sei, das schlimmste und auf der niedersten Stufe der Menschheit stehende Wesen werden könne. Die ordnende Gerechtigkeit könne aber erst vom Staate kommen, d. h. alle Tugenden beginnen erst mit der menschlichen Gemeinschaft; denn das *Recht* ist die *Ordnung der staatlichen Gemeinschaft*, und der *Staat* ist die *Gemeinschaft von Familien und Geschlechtern zum Zweck eines vollendeten, in sich geschlossenen Daseins*. So später auch Hegel.

2. Von diesem großartigen Aufbau aus unternimmt Aristoteles dann, den Staat zu konstruieren, wobei er die Utopien des *Kommunismus* (§ 44) und der *Weibergemeinschaft* in vorzüglicher Weise *zurückweist*.

a) Er macht geltend, daß erst durch die Beteiligung der Interessen Einzelner die Güter der Erde ihre richtige Verwendung finden, und hebt hervor, daß zwei Dinge vor allem die Sorgfalt und Liebe der Menschen auf sich ziehen, das *Eigene* und das *Ersehnte*: dadurch eben werde das Eigentum den Völkern zum Heile, daß ein jeder sich mit Lust und Liebe seiner Sache annimmt, und große Tugenden, wie die Freigebigkeit, könnten erst dann hervortreten, wenn der Einzelne Dinge habe, die er als sein Eigen bezeichnen dürfe.

b) Mit scharfen Waffen wendet er sich *gegen die Weibergemeinschaft*, welche das ganze Familienleben zerstöre und das Verhältnis von Kindern und Eltern vollkommen verschiebe; weshalb er auch die schlaffe Zucht der Weiber in Sparta streng tadelt (§ 18) und hervorhebt, daß dadurch wesentliche Kulturbedingungen des Staates erschüttert würden.

c) Auch kehrt er sich in vorzüglicher Weise *gegen die unorganische Einheit*, die sich ergebe, wenn man alle *Mittelstufen: Familien, Dorfgemeinschaften* usw., *aufhebe* und die Einzelnen als eine ungeordnete Masse zusammenhanglos aneinander füge. Die Einheit müsse eine organische sein, gerade wie in der Musik die Symphonie nicht zur Monotonie, der Rhythmus nicht zum Einzeltakt werden dürfe. Den Zweck des Staats konstruiert er als das *ζῆν εὐδαιμόνως καὶ καλῶς*, und so ist ihm der Staat eine Gemeinschaft zum vollendeten, in sich abge-

schlossenen, Leben, eine κοινωνία ζωῆς τελείας καὶ αὐτάρκους χάριν. Damit kommt er dem in § 2 dargelegten Kulturbegriff nahe.

3. a) Man hat behauptet, Aristoteles wäre noch nicht zum Begriff des Staates als einer von der Menschenmenge verschiedenen juristischen Persönlichkeit gelangt, einer Persönlichkeit, die gleich bleibt, wenn auch ihre Organisation sich ändert. Dies ist unrichtig. Zur Zeit des Aristoteles war der Gedanke der Rechtssubjektivität der Gemeinwesen schon in voller Entwickelung; das Vereinsleben zeigte die charakteristischen Bildungen der juristischen Persönlichkeit, und die Stiftungen, welche regelmäßig fiduziarische Stiftungen waren zugunsten von Gemeinden oder von Vereinen, zeigen deutlich, daß diese Gemeinwesen, denen sie angehängt wurden, als juristische Personen galten. Die zahlreichen Stellen des Aristoteles, welche von κοινωνία sprechen, sind darum im Sinne der Einheit der juristischen Persönlichkeit zu fassen.

b) War doch schon zur Zeit des Aristoteles die berühmte Frage praktisch geworden, ob, falls ein Staat mit einer bestimmten Verfassung Vermögen erworben oder Schulden gemacht hat, das Vermögen dem Staat zukomme, und die Schuld dem Staat obliege, auch dann, wenn er sich unterdessen eine andere Verfassung gab; so in dem berühmten Falle, als Athen zur Zeit der dreißig Tyrannen ein Darlehen aufgenommen hatte; eine Frage, wie sie in der Folgezeit noch oft auftauchte und über welche später Bodinus de rep. II 5 ebenso gehandelt hat, wie Blackstone u. a.

c) Richtig ist es, daß Aristoteles an einer Stelle, 1276 a und 1276 b, den Lapsus begeht, anzunehmen, daß der Staat mit der Verfassung untrennbar zusammenhänge, also bei Änderung der Verfassung ein anderer werde, wie auch umgekehrt der Staat derselbe bleibe, wenn etwa in die Verfassung eine ganz andere Bevölkerung hineingeschoben werde; wie wenig er aber dieser Konstruktion vertraut, beweist er selber, indem er beifügt, daß die Frage, ob der Staat für die von seinen Machthabern gemachten Schulden auch nachträglich aufkommen müsse, nicht danach entschieden werden dürfe: m. a. W. die von ihm geäußerte Meinung ist nicht als juristische Konstruktion zu betrachten. Und der Philosoph, der in seinem Staat der Athener c. 41 die 11 Verfassungsformen angibt, die sich in kurzer Zeit in Athen abgespielt haben, ist sicher von dem Gedanken durchdrungen, daß der athenische Staat in allen diesen Verfassungen eine juristische Einheit geblieben ist.

II. Welche schöpferische Kraft die Staatsidee bei den Griechen noch in späterer Zeit bewahrt hat, zeigt die Entwickelung der Sympolitie, des Bundesstaates (§ 194) im achäischen und ätolischen Bund und in ähnlichen Gestaltungen, welche wir als bewunderungswürdige Gebilde des staatlichen Wesens anstaunen müssen[161]).

c) Mittelalter und Neuzeit. — α) Idee des Weltkaisertums. Unterscheidung göttlichen und weltlichen Rechts. — αα) Entstehung und Entwickelung der Weltkaiseridee. Verhältnis zur Kirche und anderen Staatswesen. — **§ 136.**

I. Anschluß an das Römerreich und Karl den Großen. II. Keine Theokratie. Die Kirche als zweite Macht. Kulturbedeutung der Kämpfe zwischen Kaiser und Kirche. III. Gegner in Frankreich und England. IV. Verhältnis zu den kleinen Staatswesen. Bartolus.

I. Die aristotelische Staatslehre mußte sich stoßen an der Idee des Kaisertums; denn das altgriechische Leben hatte seinerzeit kein

[161]) Vgl. Swoboda, Griechische Staatsaltert. III. S. 325 f. und dazu Z. f. vgl. Rechtsw. XXXIV.

großzügiges Staatswesen, sondern nur kleine Republiken gekannt. Zum herrschenden Ideal wurde das Weltkaisertum im Anschluß an das römische Kaiserreich und an die Politik Karls des Großen, der durch Verteidigung des päpstlichen Stuhles gegen die Langobarden sich die Kaiserkrone erworben und den Übergang des römischen Kaisertums auf das germanische Reich vermittelt hatte.

Nun war kein Halt mehr. Die Lehre von dem christlichen Kaisertum in der Art, daß der Kaiser der Nachfolger der römischen Kaiser wäre, beherrschte jahrhundertelang die Gemüter, und die besten Köpfe bemühten sich, das Wesen des Kaisertums, sowie seine geschichtliche Begründung, darzulegen. Man nahm an, daß die Kaiserwahl eigentlich der Stadt Rom zugestanden hätte, und daß diese ihr Wahlrecht auf den deutschen Wahlkörper übertragen habe[162]). Der deutsche Kaiser galt als Weltkaiser, nicht als König eines Landes, und der Grundgedanke war die Vereinigung der gesamten christlichen Welt — ein Gedanke, der um so fester Wurzel fassen mußte, als das Abendland durch die Angriffe des Sarazenentums genötigt war, sich zur Verteidigung zusammenzuraffen, und in den Kreuzzügen die Einheit des christlichen Lebens zur Tat werden ließ.

II. Das auf römische Anschauungen gegründete Kaisertum konnte sich nicht theokratisch entwickeln; etwas wie das Kalifat hätte der Idee des Christentums widersprochen. Das Kaisertum mußte die Kirche als zweite Macht neben sich anerkennen, eine Geteiltheit, bei welcher Kämpfe nicht ausbleiben konnten.

Diese Kämpfe waren ein Heil für die Menschheit: auf solche Weise wurde die geistige Kraft aufs Höchste gesteigert, weil jede dieser Mächte es versuchte, die führenden Geister an sich zu ziehen; außerdem wurde dieser Streit ein Schirm und Schutz des Volkes gegen Tyrannei und Willkürherrschaft. Auf solche Weise sind die mittelalterlichen Kämpfe vom Investiturstreit bis zur Bulle unam sanctam und bis zum Niedergang der Kaiseridee zu verstehen und zu würdigen. Völlig ungeschichtlich ist es, den einen oder anderen Teil ins Unrecht zu setzen: beide Teile wirkten zusammen, um den mittelalterlichen Kulturfortschritt zu erzielen.

III. Die Weltkaiseridee war noch im 13. Jahrhundert in voller Blüte. Sie wurde allerdings sowohl von den Kurialisten angegriffen (§ 137), als auch von den Literaten Frankreichs und Englands, denen eine Abhängigkeit ihrer Herrschaft von dem römischen Kaiser nicht gefallen konnte.

So finden wir bei Johann von Paris, bei Dubois, bereits eine Reaktion gegen die ganze Kaiseridee, und deutlich zeigt Occam, daß die Zeiten des Weltkaisertums vorbei seien[163]); auch das Zeremoniell, das man seinerzeit

---

[162]) Vgl. meine Schrift: Dante als Prophet S. 56 f. In den Erörterungen jener Zeit spielt auch das Verhalten Karl des Großen zu Irene und dem griechischen Kaisertum eine Rolle (so bei Molina und Suarez). Vgl. darüber Reumont, Geschichte der Stadt Rom II S. 134, Das Verhältnis zu Byzanz wird auch vielfach von den Juristen erörtert; so in der Glosse zu c. venerabiles (34) X de elect. (1, 6) und bei Panormitanus zu dieser Stelle.

[163]) Für die Selbständigkeit Frankreichs, Englands und Spaniens vom Kaisertum spricht auch Suarez, de legibus III 7, 9; Covarruvias,

bei dem Besuch Karl IV. und Sigismunds in Frankreich befolgte, suchte eindringlich darzutun, daß der Kaiser gegenüber dem französischen König nicht der höhere sei[164]).

IV. Wie sich das Kaisertum mit dem Rechte der kleinen Staatswesen vertrug, war das Problem, welches die Staatstheoretiker jener Zeit viel beschäftigte. Die nachdruckvollste Behandlung fand die Frage bei Bartolus, welcher die Übermacht des Kaisertums annahm, das noch unter Heinrich VII., Ludwig dem Bayern und Karl IV. sich kräftig erhoben hatte; aber allerdings auch er konstatierte, daß sich einzelne Gebiete als Sonderfürstentümer vom Kaisertum frei gemacht hätten.

ββ) Unterscheidung göttlichen und weltlichen Rechts. — **§ 137.**

I. Johann von Salisburys Unterscheidung. Zweischwertertheorie. II. Analogien, Fiktionen, Natursymbolismus. Kurialisten, Ghibellinen, Marsilius von Padua.

I. Nachdem die Idee des Gottesreiches und im Gegensatz dazu die des sündhaften Menschenreiches von Augustinus aufgestellt war, mußte man sich mit dem Gedanken vertraut machen, das Verhältnis des Weltstaates zu Gott und der Gottesregierung zu konstruieren. Der erste, der auf Grund dessen ein ausführliches Staatssystem aufstellte, war Johannes von Salisbury im 12. Jahrhundert; er lebte zur Zeit der Kämpfe zwischen Heinrich II. und Becket, durch welche das Verhältnis vom Staat und Kirche in mächtiger Weise aufgerührt wurde, nachdem einige Jahrzehnte vorher der Investiturstreit die Welt durchzittert und die sinnenden Geister wachgerufen hatte. Johann von Salisbury unterschied zwischen dem göttlichen Recht und dem weltlichen. Das göttliche Recht sei auch für den Fürsten maßgebend: wer das göttliche Recht überschreite, sei ein Tyrann und unterliege dem Rechte des Widerstandes, der in schlimmen Fällen, wenn der Tyrann unverbesserlich sei, sich bis zum Tyrannenmord steigern dürfe (§§ 150, 153). Im übrigen aber vertritt er die Zweischwertertheorie und leitet daraus ab, daß das

---

Rel. II c. peccatum 9, 9, hebt hervor, quod Hispanias, maxima reipublicae infelicitate ab Arabibus occupatas, ipsi Hispaniarum reges absque ullo Caesarum auxilio immensis laboribus, periculis et impensis, effuso per septingentos annos proprio et subditorum sanguine, a Christianae religionis hostibus liberaverint et exemerint, unde merito a Caesarum imperio, quo in hisce laboribus destituti fuere, censentur exempti. Man bezog sich für Frankreich auch auf c. 13 X qui filii sint legitimi (4, 17): cum rex (Francorum) superiorem in temporalibus minime recognoscat, welche Stelle allerdings von der Glosse abgeschwächt wurde (de jure tamen subest Romano imperio), und bezüglich Englands auf c. 7 eod. Vgl. Arch. f. Rechtsph. X S. 254 f.

[164]) Vgl. darüber Viollet, le roi et ses ministres (1912) p. 142 f. Als Rest kaiserlicher Obergewalt bestanden die notarii caesarei noch bis in die Zeit König Karls VIII.

Königtum von der Kirche verliehen werde, und daß diese die Königwürde wieder entziehen könne. Zwar ist er noch kein strenger Kurialist, sondern in seiner Darstellung wie in seinem Leben gemäßigt; trotzdem kann er unter die Begründer des Kurialismus gezählt werden.

II. So setzte sich der Kampf weiter in der Anschauungs- und Denkweise jener Zeit fort in den Erörterungen der Kurialisten und der Ghibellinen, so insbesondere auch Dantes in seiner „Monarchia", während allerdings Marsilius von Padua noch weiter ging und die Kirche dem Staat völlig unterordnen wollte, ausgehend von den Grundsätzen der Volkssouveränität [165]). Die Zeit operierte mit Analogien aus der alten Überlieferung, mit geschichtlichen Fiktionen, mit Aussprüchen der Bibel, ja mit einem seltsamen Natursymbolismus, welcher noch an den ehemaligen Naturkultus erinnert.

Jesus hatte dereinst die Jünger nach Waffen gefragt, die Jünger sprachen von zwei Schwertern: diese zwei Schwerter wurden zu Symbolen der kirchlichen und der weltlichen Gewalt vergeistigt. Oder man betrachtete Kirche und Staat nach dem Beispiel von Sonne und Mond und folgerte, daß der Staat nur ein erborgtes Licht habe; und ein anderes wichtiges Argument war die sog. konstantinische Schenkung, wonach der Kaiser Konstantin dem Papst Sylvester eine Menge Privilegien zugewandt habe. Diese konstantinische Schenkung ist allerdings eine starke Fälschung gewesen, was man jedoch erst später erkannt hat: jahrhundertelang war sie einer der Ecksteine des Kurialismus. Doch hat man schon damals entgegengehalten, daß eine solche Schenkung jedenfalls nicht in der Lage gewesen wäre, wesentliche Teile der staatlichen Herrschaft auf alle Zeiten wegzugeben.

β) Lehre vom Staatsvertrag. — $\alpha\alpha$)Vor Hugo Grotius. — **§ 138.**

I. 1. Wiedererschließung der aristotelischen Lehre. 2. Entstehung der Lehre vom Staatsvertrag aus der aristotelischen Lehre vom zoon politicon. 3. Kein Anschluß an Protagoras und Lykophron. II. Der Staat als Gottes Schöpfung bei Molina, Suarez, Covarruvias.

I. 1. Innerhalb der oben (§ 136) erwähnten Sonderfürstentümer setzte sich die aristotelische Lehre (§ 135) fest; sie hatte in der berühmten Schrift de regimine principum, die vielleicht teilweise noch auf Thomas von Aquin zurückzuführen ist, einen klassischen Ausdruck gefunden. Sie hatte erst um das Jahr 1200 auftauchen können, als Aristoteles dem Abendlande allgemein bekannt wurde; er wurde unserer Kultur zuerst wieder erschlossen durch die arabischen Philosophen, durch Averroes, Alfarabi und Avicenna, welche allerdings zu gleicher Zeit die Ideen des persischen Sufismus vertraten und dadurch zu den Begründern des germanisch-christlichen Pantheismus wurden.

---

[165]) Dante als Prophet S. 61 ff. Vgl. auch Molina, de just. II 25, 4.

2. So konnte auch die aristotelische Lehre vom Menschen als dem zoon politikon aufleben. Aber wie kann diese politische Steigerung des Menschen zum Staate führen? Das war die Klippe, an der die damalige Menschheit strauchelte. Eine soziologische Einheit der Gruppe, ein unwillkürlicher Zusammenschluß der Menschheitszellen (§ 38), war ihr unfaßlich. Zwar hatten schon Plato (dieser meist im Gewande der Mythen) und Aristoteles eine gewisse natürliche Art der Menschengruppierung konstruiert[166]), bei welcher innere und äußere Umstände zusammenwirkten; aber die Menschheit von damals vermochte es nicht, sich daraus ein unwillkürliches Werden des Staates zu erklären: sie konnte sich nur mit der Vorstellung helfen, daß die Einzelnen sich miteinander verständigt, sich bewußt zusammengeschlossen und dadurch eine Gemeinschaft gebildet hätten. So sei der Staat geworden: er war also das Erzeugnis eines Vertrages; und so wiederholte sich damit eine Idee, die schon mehr als tausend Jahre vorher der Chinese Mehti entwickelt hatte (§ 133); denn da man sich auch noch im 13. Jahrhundert keinen Unterschied denken konnte zwischen einem vorjuristischen und einem juristischen Wirken, und da man das juristische Wirken sich nur in der Gestalt des überlieferten römischen Rechts vorzustellen vermochte, so gelangte man von selbst zu dem Satze: der Staat ist aus einem contractus hervorgegangen, aus einem allerdings der naturalis ratio entsprechenden contractus socialis (§ 87).

3. a) Man hat auch Protagoras als Erfinder der Lehre vom Staatsvertrag betrachtet, allein zu Unrecht. Die Stelle in dem bekannten gleichnamigen platonischen Dialog (322) spricht allerdings davon, daß die Menschen sich zunächst zur Verteidigung gegen die Tiere vereinigt hätten; darauf hätten sie sich untereinander bis zur Vernichtung gezankt, und dann wäre durch die Götter Scham und Recht unter sie gekommen. Wenn man diese Stelle mit Platos Staat (359) zusammenstellt, so wird wohl die Lehre des Protagoras dahin gegangen sein, daß die vereinigten Menschen nachträglich durch Gesetze und gegenseitige Verträge einen geordneten Zustand herbeigeführt hätten; dies kann selbstverständlich nicht als Staatsvertrag betrachtet werden.

b) Noch weniger kann der Sophist Lykophron als Erfinder der Idee betrachtet werden; denn wenn er das Gesetz als bloßen Bürgen der gegenseitigen Gerechtsame, ἐγγυητὴς ἀλλήλοις τῶν δικαίων, bezeichnet (Aristoteles Politik 1280 b), so will er damit nur den Staat als Schutz- und Trutzeinrichtung charakterisieren.

II. 1. Noch tritt die Wendung des Staatsvertrages in verklärter Form hervor bei der katholischen Naturrechtslehre des 16. und 17. Jahrhunderts[167]), bei den Jesuiten Molina und Suarez und bei dem Bischof Covarruvias. Der aristotelische soziale Trieb des Menschen und die

---

[166]) Die Äußerungen Platos sind zusammengestellt bei Robin, Revue de métaphysique XXI p. 211 f.

[167]) Vgl. Arch. f. Rechtsph. X S. 250 ff.

ihm entsprechende naturalis ratio steht hier an erster Stelle, der contractus socialis ist nur eine untergeordnete historische Floskel. An der Spitze des Ganzen aber glänzt der Satz: Gott hat den staatenbildenden Trieb in die Menschen gelegt, sie haben den Staat geschaffen unter Gottes Eingebung, deo volente, und daher ist der Staat, wenn auch nur mittelbar, Gottes Schöpfung.

2. a) So sagt Covarruvias Pract. quaest. c. 1 nr. 2: Homo animal est omni ape omnique animanti gregali civilius: atque ideo est homo natura ipsa sociale animal longe magis, quam apes, formicae, grues et eiusmodi genera, quae gregatim aluntur gregatimque se tuentur. At cum Deus ipse per naturam dederit rebus singulis facultatem se conservandi suisque resistendi contrariis, quantum ad incolumitatem salutis, nec homines facultatem hanc exequi dispersi potuissent, instinctus eisdem adiectus est gregatim vivendi societatemque civilem constituendi, ut adunati [alii] aliis sufficerent victumque facilius complures, quam singuli, compararent tutiusque ab incursu ferarum et hostium degerent. Qua ratione manifestum sit, civitatem, id est civilem societatem, natura consistere, hominemque natura esse civile animal eamque consocietatis causam sensim appetere. — c. 1 nr. 6. Regia potestas ceterorumque principum civilis auctoritas non hominum est inventum, sed ab ipso Deo per legem naturalem, quae suae sempiternae participatio est, sanctissima fuit ordinatio. Haec conclusio probatur ex his rationibus, quas in prima huius capitis conclusione nos tradidimus. Civiles etenim potestas naturae et Dei ordinatio est ad humanum convictum et humani generis conservationem necessaria omnino. Nam etiamsi Reipublicae et populi ius habuerint naturali ratione creandi principes et reges, quia tamen hoc fecerunt divinitus eruditi, publica haec ac civilis potestas Dei ordinatio dicitur; quibus probatur, imperium et principatum a Deo esse constituta. Haec tamen intelligenda sunt in hoc quidem sensu, quod civilis potestas a Deo procedat mediate, quippe quae ab ipsamet republica, mediante lege naturae, electione aut consensu populorum constituatur.

b) So auch Molina, de justicia II 26, 4: Supremam potestatem, quam pro arbitratu respublica sibi elegerit, esse immediate a republica et mediate a Deo per lumen naturale et potestatem, quam reipublicae concessit.

c) In anderer Fassung Suarez, de legibus III 3, 2: Hanc potestatem (nämlich ferendi leges) dari immediate a Deo ut auctore naturae, ita ut homines quasi disponant materiam et efficiant subjectum capax hujus potestatis, Deus autem quasi tribuat formam dando hanc potestatem; . . . . . . supposita voluntate hominum conveniendi in una politica communitate, non est in potestate eorum impedire hanc jurisdictionem; ergo signum est proxime non provenire ex eorum voluntatibus quasi ex propria causa efficienti. So auch III 3, 6.

$\beta\beta$) Hugo Grotius. — **§ 139.**

Hugo Grotius, welcher sein Naturrecht vielfach aus den spanischen Katholiken schöpfte (er hat sie, wie seine Rechtsgutachten zeigen, genau studiert), hat den Staat entgöttert. Er hat die Lehre des Staatsvertrages nicht geschaffen, aber er gab ihr vornehmlich die aller Metaphysik, aller göttlichen Wesenheit, entkleidete Gestalt, die in ihrer platten Verständlichkeit sich dem banalsten Geiste aufdrängen mußte

und auf solche Weise rund zwei Jahrhunderte lang die Welt beherrschte. Der Niederländer wollte von dem ständigen Einwirken des göttlichen Geistes nichts wissen; er sagt (I 4, 7 nr. 3):

Sed notandum est, primo homines non Dei praecepto, sed sponte adductos experimento infirmitatis familiarum segregum adversus violentiam in societatem civilem coiisse, unde ortum habet potestas civiles, quam ideo humanam ordinationem Petrus vocat: quamquam alibi et divina ordinatio vocatur, quia hominum salubre institutum Deus probavit. Deus autem humanam legem probans censetur probare ut humanam et humano modo.

Hier ist wenig mehr vom Göttlichen zu verspüren: Gott billigt den durch Vertrag entstandenen Staat, aber als etwas Menschliches. Gottes Wirken tritt in dem Nebel zurück, und die Erörterung über die Metaphysik des Staates bleibt in der Lehre des kalvinistischen Katechismus stecken. So lehrte der Vater seinen Sohn und dieser die Enkel das hohe Lied: die Menschen seien ursprünglich als Individuen in der Welt herumgestrichen, hätten aber gefunden, daß ein derartiges plan- und systemloses Sein ihnen nicht zusage, und hätten sich zusammengetan in der Art, daß jeder auf gewisse Rechte verzichtete, um auf der anderen Seite durch einträchtiges Zusammenwirken das Wohlsein Aller zu fördern. Das der tiefen Menschenbrust innewohnende Gefühl, daß dem Einzelnen die Zersplitterung nichts tauge, wurde zur geschichtlichen Fratze verzerrt, und dabei erschien der Vertrag als eine so selbstverständliche Kategorie, daß man gar keinen Zweifel hegte, daß er zwingenden Rechtes sei; und der Gedanke, ob denn ein solcher Vortrag, einmal abgeschlossen, die Menschheit für immer binde, machte den damaligen Gelehrten keine großen Bedenken.

γγ) Weiterentwickelung nach Hugo Grotius. — § 140.

I. Unterscheidung in Vereinigungs- und Herrschafts- (Unterwerfungs-) vertrag und andere Theorien. II. Der Staatsvertrag als geschichtliche Realität und als Fiktion. III. Unmöglichkeit, das Wesen der sozialen Gruppe zu begreifen. IV. Verschiedene Unterlagen: Demokratie und Absolutismus.

I. Den Staatsvertrag hat man wieder unterschieden in den Vereinigungs- und in den Herrschafts(Unterwerfungs-)vertrag[168]): im ersteren hätten die Menschen den Staat, im letzteren die Organisation des Staates geschaffen und den Herrscher bestimmt. Die Entwickelung dieser ganzen Idee ist ein buntes Bild von Vernunft und Unvernunft. Der Vereinigungsvertrag konnte hiernach mit dem Herrschaftsvertrag verbunden sein, beide konnten sukzessiv aufeinander folgen. Der Vereinigungsvertrag konnte ein negativer und positiver Schutzvertrag sein (Fichte). Das Ganze konnte sich auch in dreifacher Kadenz entwickeln: Vereinigungsvertrag, Vertrag über

[168]) Über den Unterwerfungsvertrag vgl. schon Suarez de legibus III 19, 7: Ubicumque regimen non est democraticum, populus transtulit supremam potestatem in principem, sive sit una persona, ut in monarchia, sive sit consilium procerum, ut in aristocratia, sive sit mixtum aliquod ex utroque, ut est dux cum senatu vel rex cum comitiis regni.

die Herrschaftsform, Vertrag mit dem Herrscher und Herrschaftsübernahme durch diesen (Pufendorf, jus nat. VII 2, 7 und 8). Statt des Herrschaftsvertrages konnte auch eine einseitige Verfügung genügen, welche den Herrscher ernennt, ohne daß sich dieser zur Gegenleistung verpflichtet (Hobbes), und an Stelle der Herrschaftsübertragung konnte auch ein bloßer Dienstauftrag (commission) treten, der beliebig zurückgenommen werden kann (Rousseau). Kaum verlohnt es sich, auf dieses oft recht verwunderliche Gewebe von Irrtümern einzugehen: es ist nur interessant für die Entwickelungsgeschichte der menschlichen Vorstellungen, nicht für die Rechtsphilosophie[169]).

II. Der Staatsvertrag wurde mehr oder minder als geschichtliche Realität betrachtet, die man allerdings vielfach in die Vorgeschichte verlegte, so daß er eine Art mythischen Charakter annahm[170]). Zuletzt, nachdem der Mythus ausgelebt hatte, haben ihn Kant und Burke zur Fiktion umgestaltet, als eine rationelle Idee der Staatsanschauung; sie haben damit das zweifelhafte Verdienst, der veralteten Lehre eine Zeitlang neue Lebenskraft verliehen zu haben.

III. Die ganze Staatsvertragsidee aber, in der einen wie in der anderen Form, als Vereinigungs-, Unterwerfungsvertrag, als geschichtliche, mythische oder Fiktionsidee, bekundet einfach die Unmöglichkeit der früheren Zeit, das Wesen der sozialen Gruppe zu begreifen, die sich in natürlicher Gesamtfunktion zusammenschließt, zusammen handelt, zusammen wirkt, die sich von selbst Organe schafft, in der selbst eine gewisse instinktive Gliederung herrscht. Solche soziologischen Gebilde hätte man schon längst im Tierreiche erkennen sollen (§ 51), man

---

[169]) Feuerbach, Philosophisch juridische Untersuchung über das Verbrechen des Hochverrates (1798), will den Unterschied zwischen pactum unionis, pactum subjectionis und pactum ordinationis zur Charakteristik der verschiedenen Arten des Hochverrats (wir würden sagen: des Hoch- und Landesverrats) verwerten.

[170]) Vgl. Milton in Tenure of kings II p. 276: No man, who knows aught, can be so stupid to deny that all men naturally were born free . . . . and were . . . . born to command and not to obey, and that they lived so, till from the root of Adams transgression falling among themselves to do wrong an violence and forseeing that such courses must needs tend to the destruction of them all, they agreed by common league to bind each other from mutual injury and jointly to defend themselves against any that gave disturbance or opposition to such agreement . . . . . And because no faith in all was found sufficiently binding, they saw it needful to ordain some authority, that might restrain by force and punishment what was violated against peace and common right. II 278: The power of kings is nothing else, but what is only derivative, transferred and committed to them in trust from the people.

hätte hier wahrnehmen können, wie schon vor der Schöpfung des Rechts nicht nur Individuen, sondern organisierte Gruppenwesen existierten. Man hat dies auch wahrgenommen[171]), aber man ist unfähig gewesen, aus dieser Wahrnehmung die richtigen Schlüsse zu ziehen.

So will Hobbes im Leviathan c. 17 zeigen, daß ein solches organisches Walten bei der Menschheit mit ihrer Individualisation nicht möglich sei; er hat damit nur gezeigt, daß er vom Wesen der Naturvölker keine Ahnung hatte[172]). Aus dem tierischen Gruppenwesen hat sich bei dem Menschen, dem animal soziale katexochen, die durch Religion vergeistigte und veredelte Gruppe gebildet, und daraus die rechtliche Gruppe des Staats, zuerst in seinen Anfängen, dann in seiner reichen Entfaltung. Und wie bei der juristischen Person überhaupt, hat das Recht, einmal geworden, selbständig weiter geschaffen, die Gruppe nicht etwa so, wie sie sich kraft des Naturalismus des Werdens gebildet hatte, aufrecht erhalten, sondern sie umgestaltet und insbesondere die Organisation neu geschaffen.

IV. Auch nach anderer Seite gelangte man zu den größten Seltsamkeiten; da der Staatsvertrag bloß den Rahmen darstellt, der mit allem Möglichen ausgefüllt werden kann, so legte die Folgezeit dem contractus socialis das unter, was sie für das Begehrenswerteste hielt: die einen sagten, man habe dem souveränen populus die oberste Gewalt belassen, die anderen glaubten, dieser habe sich alles Rechtes zugunsten eines Fürstenhauses entschlagen (§ 145). Wie weit man hier kam, zeigt Hobbes, welcher auf den Staatsvertrag den äußersten Despotismus gründete und hiermit die Regierung der Stuarts gegen das Parlament und gegen die Revolution verteidigte (§ 24); er nahm an, daß das Volk seinerzeit Alles und Jedes dem Fürstentum zu Füßen gelegt habe, denn nur auf solche Weise konnte die Bestie im Menschen gebändigt und konnten vernünftige Grundsätze erzielt werden!

---

[171]) Vgl. Covarruvias (§ 138). So hat namentlich auch Shaftesbury auf die sozialen Triebe des Menschen hingewiesen. Ebenso David Hume, Enquiry concerning the principles of morals nr. 257 (Ed. 1902 p. 306): It has been asserted by some, that justice arises from human conventions and proceeds from the voluntary choice, consent, or combination of mankind. If by convention be here meant a promise (which is the most usual sense of the word) nothing can be more absurd than this position. The observance of promises is itself one of the most considerable parts of justice, and we are not surely bound to keep our word, because we have given our word to keep it. But if by convention be meant a sense of common interest, which sense each man feels in his own breast, which he remarks in his fellows, and which carries him, in concurrence with others, into a general plan or system of actions, which tends to public utility, it must be owned, that, in this sense, justice arises from human conventions.

[172]) Auch sonst tritt bei den Naturrechtlern der stoische Begriff von dem corpus, quod ex distantibus corporibus consistat, hervor, z. B. bei Hugo Grotius II 9, 3, ohne daß sie damit etwas Tüchtiges anfangen können.

δδ) Spinoza und Rousseau insbesondere. — **§ 141.**

I. Spinoza. 1. Allgemeines. 2. Wiederkehr des Satzes vom zoon politikon. Umwandlung zum Rationalismus. II. Rousseau. Der contrat social als geschichtliche Wahrheit und als Feldgeschrei der Revolution.

I. 1. In eine seltsame Lage kam Spinoza. Die Art seines Pantheismus war entwickelungsfeindlich und konnte daher keine Grundlage bieten für eine evolutionistische Rechtsphilosophie. So kam es, daß er in seinem „tractatus theologico-politicus" die Lehre vom Staatsvertrag annahm und sie in einer Weise ausbaute, die an die spätere Entwickelung Rousseaus erinnert, aber auch die Spuren der Denkweise von Hobbes verrät (vgl. namentlich tractatus XVI, 12 ff.); woraus aber als leuchtender Punkt das Kapitel über die Denk- und Religionsfreiheit hervorragt mit dem großartigen Satze: Non finis reipublicae est, homines ex rationalibus bestias et automata facere, sed contra, ut eorum mens et corpus tuto suis functionibus fungatur et ipsi libera ratione utantur.

2. Doch konnte seinem philosophischen Geist mit der Zeit die individualistische Lehre nicht genügen, und seinem Pantheismus mußte, trotz des Mangels der Entwickelungsidee, das organische Werden des Staates aufdämmern; so kehrt der Satz von dem Menschen als zoon politikon bei ihm, wenn auch nur schüchtern, wieder. Die Wandlung erfolgte in seinem tractatus politicus II, 15 ff. Hier schwindet der Staatsvertrag, und hier wandelt sich der Voluntarismus zum Rationalismus um.

Auch der Staat ist Gesetzen unterworfen, auch der Staat kann sündigen, sofern er Einrichtungen schafft, welche sein Verderben herbeiführen und contra rationis dictamen sind. Der Staat muß die Grenzen der Vernunft innehalten und dadurch seine Majestät wahren; denn er kann nicht zugleich sein und zugleich nicht sein (tract. polit. IV, 4). Natürlich kehrt auch hier die echt spinozistische Betonung der Religionsfreiheit wieder mit der originellen Begründung: Omnia, ad quae agenda nemo praemiis aut minis induci potest, ad jura civitatis non pertinent, tract. pol. III, 8.

II. Eine verhängnisvolle Wendung nahm die Lehre bei Jean Jacques Rousseau an; bei ihm war der Staatsvertrag nicht, wie bei so vielen, eine Fiktion, sondern er hat ihn als geschichtliche Wahrheit angenommen[173]). Doch war die geschichtliche Forschung nicht seine Stärke; über den Inhalt des Staatsvertrages aber war er sich sofort einig: das Volk habe sich nur in sehr beschränktem Maße der herrschenden Macht preisgegeben; es stehe immer im Hintergrund und behalte die Befugnis, dem Fürsten hineinzureden, wenn er nicht mehr in seinem Sinne regiere; in allen

---

[173]) Hierüber mein Aufsatz über Rousseau im Arch. f. Rechtsph. VI S. 41. Rousseau hat wirklich an den Staatsvertrag als historische Erscheinung geglaubt, wenn er auch erklärt, über die Einzelheiten nichts zu wissen.

schwierigen Lagen müsse daher die Volksregierung gehört werden: diese sei das Erste und Letzte, und ihr stehe eine unumgrenzte Macht zu. So wurde der contrat social Rousseaus zum Feldgeschrei der Revolution. Er hat den umstürzlerischen Konvent eingeleitet, die rote Fahne der Empörung entrollt, und die Folgezeit, in der immer eine Welle die andere verschlang, war nichts Anderes, als die systematische Verwirklichung der Rousseauschen Lehre, die, doktrinär wie sie war, nicht mit den ungeheuren zerstörlichen Regungen der Menschenseele rechnete.

2. Staatspolitik. — a) Allgemeines. Machiavellis „principe". Lehre von der Trennung der Gewalten. — § **142.**

I. Allgemeines. II. Machiavellis principe. 1. Charakterisierung. 2. Kritik. Spinoza. Friedrich der Große. III. Lehre von der Trennung der Gewalten. 1. Zweiteilung bei Locke. 2. Die richterliche Gewalt als dritte Gewalt bei Montesquieu. 3. Einfluß der Lehre.

I. Im Gegensatz zu den Staatstheoretikern stehen die Staatspolitiker, denen es darauf ankam, nicht Gründe für die Berechtigung des Staates zu entdecken, sondern die beste Staatsform zu ermitteln. Die einflußreichsten Politiker dieser Art waren auf der einen Seite Nicolo Machiavelli Ende des 15. Jahrhunderts und andererseits im 17. und 18. Jahrhundert Milton, Locke und Montesquieu[174]).

II. 1. Der „principe" des Machiavelli ist ein principe aus einer Zeit, als die politischen Tugenden fehlten, wo jeder auf dem Qui vive stand und Einer immer den Anderen aus seiner Stellung verdrängte, wo Meuchelmord und grausame Menscheneinkerkerung an der Tagesordnung waren. Dem entspricht sein principe; denn das c. 18 besagt, der Fürst soll jedes Verbrechen begehen, jeden Freund verraten, über die Religion lachen und über die Humanität die Achseln zucken können, aber er soll den Schein verbreiten, als ob er wahr, treu und gottesfürchtig wäre. Und er erwähnt dabei den Papst Alexander VI., wie er immer Vertrauen erweckt und jedes Vertrauen hintergangen habe.

2. Schon vergangenen Jahrhunderten war diese Lehre so zuwider, daß Spinoza u. a. meinte, Machiavelli habe den principe gar nicht ernst gemeint, sondern den Florentinern nur ein Schreckbild vor Augen stellen wollen, um ihnen zu sagen: „Dahin kommt ihr, wenn ihr einen principe haben wollt! Er wird für euch

[174]) Über Machiavelli als Theoretiker ist hier nicht zu handeln; vgl. darüber Alfred Schmidt, Machiavelli (1907). Seine Auffassung von der Aufopferung des Individuums für die Staatszwecke war die Brücke für die Rücksichtslosigkeiten seines principe, welcher im übrigen von der sittlichen Haltlosigkeit der Renaissance getragen ist.

eine Rute sein; er wird euch mit Peitschen und Skorpionen züchtigen!“ Das ist völlig ungeschichtlich: Machiavelli ist von seinem principe überzeugt und spricht mit der Miene des Staatserziehers; aber seine Staatserziehung ist eine falsche. Er verkennt, daß sich der Machiavellismus in seinen eigenen Schlingen fängt. Wenn Machiavelli sagt: „Wenige wissen, wie du bist, alle Welt weiß, wie du scheinst“, so muß dem entgegengehalten werden, daß ein durch die Wirklichkeit Lügen gestrafter Schein zwar zeitweise, aber kaum für lange anhalten kann. Einer unserer erleuchtetsten Geister, Friedrich der Große, hat die Sophismen des Florentiners mit logischer Schärfe enthüllt; er hat damit auch einen Beweis großzügiger Fürstenweisheit gegeben.

Es gab zwar einige Geschlechter, welchen eine gewisse Herrschaftsdauer bestimmt schien, wie die Scaliger; aber auch sie wurden nur durch das nachwirkende Genie des einen Cangrande auf der Höhe gehalten, und die Erinnerung an diesen Großen, der die Laster der Renaissance nur in verhältnismäßig geringem Maße übte, hat seinen Nachkommen die nötige Stütze gewährt. Doch auch diese Nachkommen zeigten die furchtbaren Folgen Machiavellistischen Wesens [175]).

III. 1. Wie Machiavellis Lehre auf dem schwankenden Untergrund der wirbelnden Florentiner Renaissance, so ist Lockes Theorie aus dem starken Boden englischer Verfassung hervorgegangen, die seit den Tagen Eduard I., des englischen Justinians, sich trotz der Wirrnisse der folgenden Jahrhunderte in ständiger Fortbildung entwickelt und feste Formen angenommen hatte. Locke entnahm daraus das System, daß Gesetzgebung und Verwaltung nicht in einer Hand sein sollen, was er folgendermaßen begründet: Die Verwaltung und Rechtsprechung dürfe, um gerecht zu sein, nicht von demselben Organ ausgehen, wie die Gesetzgebung, denn sonst hätte das Organ es in der Macht, jeden Augenblick durch ein Spezialgesetz das allgemeine Recht aus den Angeln zu heben und in der Verwaltung und Rechtspflege sich über das allgemeine Gesetz hinwegzuhelfen: dann aber hätten die Gesetze in der Tat keinen Bestand. Darum Trennung der gesetzlichen Gewalt in Verwaltung und Rechtspflege.

2. In noch viel eindringlicherer Art wurde diese Idee dargestellt von Montesquieu in seinem Werke „Esprit des lois“: hier wurden die drei Gewalten streng geschieden, namentlich auch die richterliche Gewalt als eine dritte zugesellt mit

[175]) Als Cangrandes Neffen zur Herrschaft kamen, begannen sie damit, die natürlichen Söhne Cangrandes in den Kerker zu werfen, weil sie Aufstand und Verrat befürchteten, und in der Folge bekämpfte immer ein Mitglied der Familie das andere: Cansignorio tötete seinen Bruder Cangrande II., warf zwei seiner Söhne ins Gefängnis und stellte dem dritten mit seinen Häschern nach. Auf diese Weise unterdrückte Einer den Anderen, bis die Schale des Schicksals voll war, und das reiche, mächtige Venedig auf Jahrhunderte hin sich des gelehrten Veronas bemächtigte.

der Besonderheit, daß die Richter unabhängig sein sollten und nicht etwa, wie früher, als der bloße Rat des Königs zu entscheiden hätten.

3. Diese Lehre von der Teilung der Gewalten hat auf die Zukunft einen ungeheuren Einfluß ausgeübt und dazu beigetragen, nicht nur die Staatstätigkeit zu klären, sondern auch durch den Gedanken der Heiligkeit und Unabhängigkeit des Richteramts die Sicherheit und das Vertrauen auf die Rechtspflege zu fördern. Außerdem war diese Lehre eine Stütze der konstitutionellen Regierung und ein Absagebrief an die absolute Herrschaft.

b) Lehre von den Menschenrechten. — **§ 143.**

I. Inhalt. II. Naturrecht und Lehre vom Staatsvertrag als Grundlagen. 1. Allgemeines. 2. Belege. a) Naturrechtslehrer. b) Amerikanische Unabhängigkeitserklärung. III. Verpflichtung des Einzelnen gegen den Staat. 1. Kritik der Lehre der französischen Revolution. 2. Fichte und Hegel.

I. Neben der Lehre von der Trennung der Gewalten trat die Lehre der Menschenrechte auf, nach zwei Richtungen hin: 1. die Menschenrechte als Rechte der Einzelnen gegenüber der Allgewalt des Staates: hiernach bildeten sie eine Schranke der majestas civitatis; 2. die Menschenrechte als Rechte gegenüber der Verwaltung, wonach die Verwaltung die Persönlichkeit unbedingt zu berücksichtigen habe, denn diese dürfe nur durch die Gesetzgebung angetastet werden. Beide Glieder des Menschenrechtsgedankens haben sich vielfach verschoben; die Fassung 1 ist mehr und mehr in die Fassung 2 übergegangen: von einer Beschränkung der majestas civitatis ist man zu einer Beschränkung der verwaltenden Staatsfunktionen übergegangen (§§ 127, 128).

II. 1. Dies Problem ist nicht, wie man vermeinte, erst im 18. Jahrhundert entstanden (§ 24); weder ist es zuerst von den amerikanischen Pflanzern ausgesprochen worden, noch ist es ein Erzeugnis der französischen Revolution. Es beruht vielmehr auf dem Naturrecht; schon Scholastiker haben Ähnliches geäußert. Die Aufwerfung des Problems ist die unmittelbare Folge der Lehre vom Staatsvertrag als Unterwerfungsvertrag (§ 140). Vor allem ist es völlig ungeschichtlich, zu meinen, daß die Lehre der Menschenrechte speziell auf religiöser Grundlage beruht; wenn auch Spinoza auf die Religionsfreiheit besonderen Wert legt, so ruht doch die Lehre der Menschenrechte tiefer. Wenn die summa potestas, die majestas des Staates, aber auf der Unterwerfung beruht, so reicht sie nur so weit, als die Unterwerfung reicht, so weit also, als die Einzelnen sich unterworfen haben oder sich unterwerfen konnten. Soweit gewisse Befugnisse vorbehalten wurden, oder soweit sie überhaupt nicht übertragbar waren, soweit sind sie dem Einzelnen verblieben.

2. a) So sagt schon Suarez, de legibus III 9, 4: In principe supremo esse hanc potestatem (sc. ferendi leges) eo modo et sub ea conditione, sub qua data est et translata per communitatem; ratio est clara . . . . . quia haec est veluti conventio quaedem inter communitatem et principem, et ideo potestas recepta non excedit modum donationis vel conventionis. Dies spricht auch Hugo Grotius aus I 47 nr. 2: lex pendere videtur a voluntate eorum, qui se primum in societatem civilem consociant, a quibus jus porro ad imperantes manat. Dies sagt selbst Hobbes im Leviathan c. 14 und 21: jus se defendendi contra mortem deponere nemo potest; dies sagt deutlich Locke, government II § 131, 135; dies sagt besonders klar Wolff VIII 47 und I 17, der ausdrücklich von der Lebenserhaltung als obligatio connata spricht, cujus ratio proxima in ipsius hominis essentia atque natura continetur.

b) Die Verbindung mit der Lehre vom Staatsvertrag (Unterwerfungsvertrag) ergibt sich auch deutlich aus der Unabhängigkeitserklärung der amerikanischen Staaten vom 4. Juli 1776: We hold these truths to be self evident: that all men are created equal; that they are endowed, by their Creator, with certain unalterable rights, that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness, that to secure these rights, governments are instituted among men deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it and to institute a new government, laying its foundation on such principles and organizing its powers in such form as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness.

III. 1. Die französische Revolution hat die Lehre gierig aufgegriffen, wie eine Brandfackel unter das Volk geworfen und sie in Verbindung mit der Rousseauschen Fassung des Staatsvertrages zur Fratze entstellt, indem sie die soziale Macht des Staates entnervte und dem Einzelnen den Gedanken nahe legt, daß er dem Staate nichts zu opfern habe. Dies ist völlig verfehlt. Nur wenn die heilige Aufgabe des Staates richtig erfaßt ist, kann das Individuum in seiner vollen Größe und Würde hervortreten; denn nicht die Ungebundenheit, sondern die sittliche Freiheit innerhalb der sozialen Ordnung, ist das Losungswort des modernen Menschen. Niemals darf die Wahrheit verkannt werden: ebenso wie der Staat nicht ohne die Individuen, so können auch die Individuen nicht ohne den Staat existieren; der Staat ist das allernatürlichste Element, in dem sich der Mensch bewegen kann.

2. So auch schon Fichte, Grundlagen des Naturrechts (Auswahl seiner Werke II S. 212): Gleichwie im Naturprodukte jeder Teil, wie er ist, nur in dieser Verbindung sein kann, und außer dieser Verbindung schlechthin nicht wäre, ja, außer aller organischen Verbindung schlechthin nichts wäre, indem ohne die Wechselwirkung organischer, sich gegenseitig im Gleichgewichte erhaltender Kräfte überhaupt keine bestehende Gestalt, sondern ein ewiger Kampf des Seins und Nichtseins statthaben würde, den wir sogar nicht denken können; ebenso erhält der Mensch nur in der Staatsverbindung einen bestimmten Stand in der Reihe der Dinge, einen Ruhepunkt in der Natur, und jeder diesen bestimmten Stand gegen andere und die Natur nur dadurch, daß

er in dieser bestimmten Verbindung ist. Außer ihm würde nur ein vorübergehender Genuß stattfinden, nie aber die mindeste Rechnung auf etwas Künftiges; und selbst diesem vorübergehenden Genusse würde, bei dem Gedanken, daß noch andere unseresgleichen da wären, die dasselbe Recht darauf hätten, die Rechtlichkeit mangeln. Durch Vereinigung aller organischen Kräfte konstituiert sich eine Natur; durch Vereinigung der Willkür aller die Menschheit. Vor allem aber sagt Hegel, Rechtsphilosophie § 75: die vernünftige Bestimmung des Menschen ist, im Staate zu leben.

IV. Staatsorganisation

1. Allgemeines. Grundprinzipien von Republik und Monarchie. Gesamtorgane. — **§ 144.**

I. Allgemeines: Zusammenwirken, doch keine allgemeinen Normen. II. Grundprinzipien: Mehrheit bei Republik, Schicksalsbestimmung bei Monarchie. Wesen beider. III. Gesamtorgane. 1. Volksversammlung. 2. Ständewesen, Parlament. 3. Herrenhaus.

I. Jede Organisation des Staates verlangt ein regelrechtes, geordnetes Zusammenwirken. Nicht ein verworrenes Zusammenreden und Zusammenhandeln, sondern nur ein Zusammenhandeln nach organischen Grundsätzen kann das Ganze erhalten und die Staatszwecke erfüllen. Doch gibt es keine allgemeinen Normen. Es ist unrichtig, wenn manche angenommen haben, daß die eine Art der Staatsverfassung als die höchste zu betrachten sei, als das letzte Ziel der Entwickelung, dem schließlich alle Staaten zustreben müßten. Dies ist ein Rückfall in die naturrechtlichen Vorstellungen, wenn auch in der verfeinerten Hegelschen Weise. In der Tat kann der Staat in den verschiedensten Verfassungen das Höchste erreichen, das in seinen Kräften steht, und nur das muß hervorgehoben werden, daß manche Bevölkerungen mehr in der einen Form den richtigen Ausdruck ihres staatlichen Wesens finden werden, manche in einer anderen.

II. 1. Alle Staatsorganisationsformen lassen sich auf zwei Grundprinzipien zurückführen: auf das Prinzip der Volkssouveränität und auf das des der Volkssouveränität entrückten Königtums.

2. Wo mit dem Prinzip der Mehrheit operiert und angenommen wird, daß das oberste Organ von Volkswillen halber da ist, also aus der Versammlung des Volkes seine Autorität erlangt, spricht man von Republik; bei ihr kann der Volksgedanke mehr oder minder ausgeprägt sein, indem entweder das Staatsoberhaupt, einmal gewählt, von den Gesamtvolksorganen unabhängig ist oder sich diesen Organen vollständig unterordnen muß; welche Unterordnung in der Rechtsfigur des Referendum den äußersten Grad erreicht[176]).

[176]) Vgl. § 154 und Einführung 5. Aufl. S. 216.

3. Das Königtum operiert mit dem Prinzip der Schicksalsbestimmung, welche einer Person die höchste Macht und damit auch die höchste moralische Verantwortung überträgt. Ein Königtum von Volkes Gnaden, wie es sich etwa Althusius vorstellte, ist kein Königtum, sondern eine modifizierte Republik. Zum Wesen des Königtums gehört es vielmehr, daß es rechtlich von der Volksstimme unabhängig ist, wenn auch natürlich ein einmütiges Zusammenwirken von Königtum und Volk stets ein ersehnenswertes Ideal sein wird. Eine Organisation in der Art, daß eine Person oder Familie nicht kraft des Willens des Volkes, sondern kraft davon unabhängiger Umstände zur höchsten Organstellung berufen ist, heißt Monarchie, die allerdings auch eine Dyarchie sein kann, weshalb der Ausdruck Autarchie der richtigere ist. Dies gilt nicht nur von der Erb-, sondern auch von der Wahlmonarchie, weil der hier obwaltende geschichtliche Gedanke nicht etwa darin besteht, daß man die königliche Autorität als eine vom Volke hergeleitete betrachtete; vielmehr erschien hier die Wahl nur als ein Mittel, um die richtige, d. h. die durch die Vorsehung bestimmte, Persönlichkeit herauszufinden (§ 147).

Dies gilt vor allem dann, wenn, wie bei vielen Völkern, der König einer bestimmten Familie entnommen werden muß, so daß nur das einzelne Familienmitglied der Wahl untersteht; es gilt aber auch beim eigentlichen Wahlreich: man braucht nur c. 2 der Goldenen Bulle zu lesen, um den geschichtlichen Gedanken zu erkennen, aus dem die deutsche Kaiserwahl hervorging: ut ipse sanctus spiritus corda ipsorum illustret!

III. Sowohl in der Republik als auch in der Monarchie können neben dem höchsten Organe Gesamtorgane vorkommen, d. h. solche, die auf der Zusammenfassung der einzelnen Staatsmitglieder beruhen.

1. Das eigentliche Gesamtorgan dieser Art ist die Volksversammlung. Sie ist uralt, hat sich aber in größeren Staaten nicht erhalten können und ist nur für kleine Gemeinwesen durchführbar; bei größeren Staaten führt sie dazu, das Staatsganze einem städtischen Verbande zu opfern, so daß die Volksversammlung ihren wahren Charakter verliert.

2. Das Gesamtvolksorgan kann aber auch durch einen Ausschuß gebildet werden, der entweder aus einem Kreis von Vertretern gewisser Interessengruppen bestehen kann (Ständewesen) oder aus einer Gruppe von Repräsentanten des ganzen Volkes (Parlament)[177].

3. Möglich ist auch, daß statt des Volksorgans eine Gesamtheit von Vornehmen, Adeligen, besonders begünstigten Familien entscheidet; auch hier ist ein direktes Handeln oder ein Handeln durch Vertreter möglich (Herrenhaus).

---

[177]) Einführung 5. Aufl. S. 121 ff.

2. Mystische Grundlagen von Republik und Monarchie. — **§ 145.**

I. Allgemeines. II. Republik. 1. Vorzug der Mehrheit, beruhend auf dem soziologischen Prinzip der organisierten Gesamtheit. 2. a) Demokratie und Aristokratie. b) Diese keine Mittelform. III. Monarchie, beruhend auf Gegensatz zwischen Herrscher und Volk. IV. Mystik des Staatsvertrags: Unterlage sowohl für Republik wie für Königtum.

I. Jede Organisation hat eine gewisse Mystik; sie ist eine Schöpfung der Geschichte und wirkt mit den Mitteln, welche die Geschichte bietet. Beim System der Volksherrschaft ist es die Mystik der Zahl, bei der Monarchie die Mystik des vom Schicksal bestimmten Monarchen.

II. 1. Daß die Majorität das Ganze vertritt, ist eine Vorstellung, an die wir uns zwar gewöhnt haben, die aber durchaus nicht der Natur entspricht. Nicht immer wird die Meinung der Mehrheit die vernünftigere sein, nicht immer wird sie die richtigen Interessen und Kulturwerte treffen; weshalb auch das kanonische Recht das Prinzip ermäßigte und den Beschluß der major et sanior pars verlangte. Es ist also eine gewisse Gewaltsamkeit, wenn man mit dem deutschen Sprichwort sagt: die Minderheit soll der Mehrheit folgen, oder wenn man schließlich mit Rousseau annimmt, daß, wer sich der Mehrheit fügt, sich nicht eigentlich der Mehrheit, sondern dem Ganzen fügte, als ob etwa die Mehrheit kraft Gottesurteils den Geist der in der Vielheit vertretenen Einheit wiedergäbe. Nur der Gedanke ist gesund, zu sagen: der Vorzug der Mehrheit beruhe auf dem soziologischen Prinzip der organisierten Gesamtheit: die Mehrzahl der Zellen gebe dem Ganzen die Richtung: wohin die Mehrheit ziele, dahin ziele das Ganze. Unbedingt kann dies nicht gelten, aber es hat in gewissen Grenzen eine soziologische Begründung.

Diese Natur des Prinzips als Organisationsprinzip erkennt für das Kurfürstenkollegium bereits Lupold von Bebenburg an, vor allem aber Bodinus III, 4: quod in omnibus corporibus et collegiis pluribus placuit, id aequum est plus valere ac suffragiorum numero vincere. Ebenso Pascal, Pensées V, 5: Pourquoi suit-on la pluralité? est-ce à cause qu'ils ont plus de raison? Non, mais plus de force. Und VI, 8: La pluralité est la meilleure voie, parce qu'elle est visible et qu'elle a la force pour se faire obéir; cependant c'est l'avis des moins habiles[178]).

---

[178]) Vgl. auch meinen Aufsatz über Rousseau im Arch. f. Rechtsphil. VI, S. 43: la volonté générale im Gegensatz zur volonté de tous. Hierbei operiert das Naturrecht bald unter Zuhilfenahme des Staatsvertrages: wer sich in einen Verein begibt, praesumitur sese obligasse ad sequendum et ratihabendum, in quod maxima pars conspiraverit; oder es bezeichnet die entscheidende Bedeutung der Mehrheit als eine Notwendigkeit, ohne die nicht auszukommen sei, so Pufendorf, de jure nat. et gentium VII 2 § 15.

2. a) Wenn auch bei der Republik die Vielheit der Einzelwesen die Grundlage des Staates ist, so muß doch auch in der Republik unter den einzelnen Mitgliedern eine Ausscheidung gemacht werden: nie kann all und jedes Individuum ohne Rücksicht auf Alter und Geschlecht zum Gehör kommen. Je nachdem für die Stimmberechtigung des Einzelwesens mehr oder mindere Voraussetzungen gemacht werden, wird die Republik zur Demokratie oder zur Aristokratie werden. Die Demokratie strebt dahin, möglichst viele Einzelwesen in gleicher Weise heranzuziehen, höchstens Unterschiede nach Alter und Geschlecht festzustellen, dagegen die Unterschiede von Vermögen, Gewerbe und Beruf völlig beiseite zu lassen. Je mehr diese anderen Faktoren in Berücksichtigung kommen, um so mehr strebt die Republik der Aristokratie zu, die dann schließlich bis zur Oligarchie heranreifen kann.

b) Man hat deshalb seit der Griechenzeit zwischen Republik und Monarchie eine Mittelform, die Aristokratie, auch Oligarchie, eingeschoben — aber völlig unsystematisch; es handelt sich vielmehr um eine bestimmte Ausprägung des republikanischen Gedankens, der sich von der fast differenzlosen Demokratie bis zur Oligarchie zuspitzen kann, sofern auch bei ihr jeder aus dem Volk, falls er bestimmte Eigenschaften an sich trägt, in die Rolle des bestimmenden, maßgebenden staatlichen Faktors eintreten kann. Die juristisch fehlerhafte Einteilung der Staatsverfassung in Monarchie, Aristokratie und Republik findet sich schon vor Aristoteles; sie geht auf die Sophisten zurück, wie dies aus der berühmten Stelle von Herodot III 77—79 erhellt, die offenbar einem sophistischen Schriftsteller entnommen ist.

III. Ganz anders das Wesen der Monarchie. Es besteht darin, daß die Herrschaft einem Auserwählten des Schicksals zukommt, und von einem Rechtsgrund des Erwerbes ist nicht weiter zu sprechen. Die Monarchie beruht auf dem Gegensatz zwischen dem Herrscher und der Volksmenge, so daß der Herrscher von der Volksmenge unabhängig ist und nicht etwa von ihr seine Macht, sein Amt, seine Bestallung erlangt; wie es in den Etablissements Ludwigs des Heiligen heißt: le Roy ne tient de nullui, fors de Dieu et de lui. Es gilt hier die Vorstellung, daß das Königtum eine durch die Geschichte gegebene Größe ist, der wir uns ebenso wie der Geschichte überhaupt unterwerfen müssen; wobei noch der Gedanke obwaltet, daß eine gewaltsame Umstoßung des Bestehenden mit vielem Unheil und schweren Kulturnachteilen verbunden zu sein pflegt. Allerdings findet nach verfassungsmäßigen Grundsätzen eine Rechtsnachfolge statt, allein die Rechtsnachfolge bestätigt nur die Wahl des Schicksals des Ersterwerbers, ebenso wie die Folge der Eigentümer vom ursprünglichen Erwerber ausgeht; und wird die Reihenfolge durchbrochen, so muß dies in Kauf genommen werden, sofern der Pseudosukzessor die Königsmacht erlangt und dadurch die Spende des Schicksals erworben hat (§ 149).

IV. Hiernach könnte angenommen werden, daß alle Staatstheoretiker, welche vom Staatsvertrag und dem damit verbundenen Unterwerfungsvertrag ausgingen, Republikaner gewesen seien. Doch dies ist nicht der Fall (§ 140). Der Staatsvertrag ist ein mystisches Ding, das mehr oder minder in das graue Altertum verlegt wird: fand hier die Übertragung der Macht an einen König statt, von dem aus kraft regelmäßiger Folge die Herrschaft sich fortpflanzte, so kann von einer republikanischen Verfassung nicht mehr die Rede sein, wenn nunmehr das Königtum als vollständig unabhängig gilt und seine Institution als eine in das Leben des Volkes eingedrungene und durch hohes Alter geheiligte erscheint. Dagegen müssen allerdings alle diejenigen Staatslehrer dem Republikanismus zugezählt werden, welche nicht nur die ursprüngliche Wahl des Königs von dem Volke ausgehen ließen, sondern auch dem Volke späterhin eine ständige Beeinflussung und Kontrolle des Königtums zuschrieben, so daß eigentlich die Potenz der Gewalt immer noch bei dem Volke sei und dieses insbesondere auch ein Zensur- und Absetzungsrecht habe. So schon die Glosse zu Fr. 9 de legibus bezüglich des Kaisertums: revocare potest populus Romanus, quod concessit, sicut et judex, qui delegat, cum sibi proprietas remanserit; so Marsilius von Padua, so Nicolaus Cusanus, so Althusius. Hiergegen treffend Hugo Grotius I 3, 8: rejicienda est eorum opinio, qui ubique et sine exceptione summam potestam esse volunt populi, ita ut ei reges, quoties imperio suo male utuntur, et coërcere et punire liceat: quae sententia quot malis causam dederit et dare etiamnunc possit penitus animis recepta, nemo sapiens non videt.

3. Häuptlingtum und Königtum. Die mittelalterliche Lehre vom tyrannus. a) Häuptlingtum. — **§ 146.**

I. Bedeutung. II. Ausgangspunkte: Die heiligen Verbände und auswärtige Gefahren. III. Religiöser Nimbus. IV. Aufgaben.

I. Kaum ein Institut hat für die Kulturbildung so viel gewirkt, wie das Häuptlingtum, die Folge einer besonderen seelischen Verfassung der Menschheit, des suggestiven Einflusses gewaltiger Naturen und der ungeheuren Macht, welche die Rücksichtslosigkeit und geniale Überlegung des Einzelnen auf die Übrigen ausübt: mit anderen Worten: die Folge des Übermenschentums und der überragenden Kraftnaturen.

Der Geist der Geschichte mußte sich dieses Mittels bedienen, um die Menschheit, wenn auch durch Gewalt und Bedrängnis, weiterzubilden; denn solche Kraftnaturen vermögen es, die Völker aufzurütteln und das Gesetz der Ständigkeit und Allmählichkeit zu überwinden. Gewisse Fortschritte der Kultur sind vielfach im Sinne des Häuptlingtums und steigern seine Autorität und Wirksamkeit; um sie zu bewirken, wird es Machtmittel anwenden, die sonst das herrschende Volk nicht kennt. Es verhält sich hier wie mit einer ungeheuren Eruption, welche zwar manches zerstört, aber auch ganze Gebiete zu heben und der Kultur zugänglich zu machen vermag.

II. Die geschichtlichen Ausgangspunkte des Häuptlingtums waren die heiligen Verbände; vielfach, doch nicht ausschließlich. Auch in anderer Weise konnte ein kühner Heerführer oder auch ein mächtiger Aufrührer die Gewalt an sich reißen. Insbesondere sind die auswärtigen Gefahren eines Gemeinwesens die Geburtsstätte des Selbstherrschertums.

Hier bedarf es vielfach einer findigen, kräftigen, die Masse elektrisierenden und zusammenhaltenden Persönlichkeit, um es gegen die Angriffe von außen zu schützen; und hat einmal eine solche Kraftnatur durch Sieg aus großer Gefahr sich die Volkstümlichkeit errungen, dann hat sie ein solches Kapital von Autorität erlangt, daß ihre Macht schrankenlos walten kann; die auswärtigen Erfolge sind in vielen Fällen Schild und Schirm für das echte Herrschertum gewesen (§ 36).

III. Der Häuptling, welcher die Macht erlangt hat, wird sich auch mit einem religiösen Nimbus umgeben können.

Hat er das Priestertum nicht gegen sich, dann ist es ihm leicht beschieden, als Sohn des Himmels oder der Sonne oder überhaupt als Gottgesandter sich zum Träger des übernatürlichen Rechts aufzuwerfen. Dann wird der ganze Rechtsboden verschoben und das Recht erscheint als Ausfluß seiner Persönlichkeit: ihm steht es zu, beliebig zu schalten und zu walten; die Untertanen sind von jetzt an nur Werkzeuge in seinen Händen, und die Heiligtümer der bisherigen Überlieferung zerfließen unter seiner Macht, sobald er es will, sobald er das Heil des Staates in etwas anderem sucht [179]).

IV. Der Häuptling schützt das Land gegen äußere Feinde und gibt seiner inneren Entwickelung Ruhe und Segen; er fördert die Staatsidee und beseitigt die Zersplitterung der zerrütteten Völkerschaft durch Blutrache und Selbsthilfe; er will Ordnung halten und ist bestrebt, zur Erweiterung seiner Macht alle Rechtspflege an sich zu ziehen; er entfaltet die Hilfsmittel des Landes, denn, je mehr im Lande geschaffen und erzeugt wird, desto mehr steigert sich auch seine Macht und sein Reichtum.

b) Königtum. — **§ 147.**

I. Einfluß der Staats- und Pflichtidee. II. Aufgaben: 1. Förderung der Kulturbestrebungen. Wahlkönigtum zur Gewinnung erprobter Persönlichkeiten. 2. Befestigung nach innen und außen. 3. Mittelpunkt der Intelligenz.

I. 1. Der Übergang des Häuptlingtums zum Königtum [180]) vollzieht sich unter dem Einfluß zweier Ideen: einmal der Idee, welche neben der Persönlichkeit des Häuptlings die Persönlichkeit des Staates aufkommen läßt. Ist der Häuptling auch unbeschränkter Träger des Staates, so kann doch die Vorstellung nicht ausbleiben, daß er trotzdem nur verwaltungsweise den Staat in seinen Händen hat, und dies wird wiederum den Gedanken hervorrufen, daß er nur ein Organ des Staates ist, und daß der Staat, wenn er sich auch zeitweise in seiner Person verhäust, doch ein von ihm verschiedenes Wesen darstellt. Allerdings bedarf es ziemlich langer

---

[179]) Die weitere Darstellung des Häuptlingtums und die Entwickelung der Idee bei den verschiedenen Völkern gehört nicht hierher (Orientalisches Recht S. 10, 34); wohl aber ist hier zu schildern, was das Häuptlingtum für die Bildung der Kultur gewirkt hat und wie es später in das Königtum übergegangen ist.

[180]) Über das Königtum in Afrika vgl. neuerdings Z. f. vgl. R. XXXIV S. 269 f.

Entwickelung, bis diese Idee nicht nur gefühlt und geahnt, sondern klar erkannt wird (§ 153 f.).

2. Die zweite wichtige Idee aber ist die Pflichtidee, der Gedanke, daß der König als Organ des Staates für diesen zu wirken hat. Dieser Gedanke kann natürlich erst da zu voller Entwickelung gedeihen, wo die Begriffe der Sittlichkeit erwachsen sind. Er muß aber schon in früherer Zeit in der Gestalt des Religionsgebotes auftreten, sobald die religiösen Vorstellungen sich so befestigt haben, daß man zu klaren Grundsätzen und bindenden Vorschriften gelangt; wozu vor allem das Dasein eines Priestertums gehört, welches als Träger des Heils die Gotteslehre auch gegenüber dem Fürsten zur Geltung zu bringen vermag.

Wie immer diese Gotteslehre sich gestaltet, sie wird stets ein nach gewissen Richtungen hin folgerichtiges Handeln, eine Schonung bestimmter Rücksichten verlangen und mithin auch vom Fürsten begehren, daß er nicht seiner Laune fröhne. Damit ist die Bahn geebnet zu der Weiterentwickelung, und derjenige, welcher die Pflicht fühlt, für das Wohl des Volkes zu sorgen, der sogar eidlich ein solches förderliches Handeln verspricht, wie z. B. bei den Azteken, ist nicht mehr Häuptling, sondern König.

II. Das Königtum hat, wie das Häuptlingtum, eine große Aufgabe in der Entwickelung der Kultur, und zwar:

1. in der Richtung, daß eine in sich gefestigte Persönlichkeit wirkt, welche gewisse Kulturbestrebungen viel schärfer und folgerichtiger in die Hand nehmen kann, als sonst ein Organ des Staates es vermöchte [181]). Dem klebt natürlich auch eine gewisse Schwäche an: man ist an die Person gebunden, und die Persönlichkeiten sind von der verschiedensten geistigen und seelischen Natur: sie können möglicherweise wahre Herrschernaturen, sie können aber auch untergeordnete Geister sein, denen alle Talente fehlen. Man hat diesen Mißständen dadurch abzuhelfen gesucht, daß man das Königtum zum Wahlkönigtum gestaltete, und auf diese Weise eine Persönlichkeit aussuchte, welche sich schon durch ihre bisherige Tätigkeit erprobt hatte.

Dieses System hat sich aber nicht bewährt; denn es führt zur Korruption und zu ständigen Unruhen und inneren Kämpfen oder zur Entnervung des Königtums, da der König mit den Parteien paktieren muß. Ein beschränktes Wahlkönigtum findet sich bei vielen Völkern in der Art, daß unter den Mitgliedern der königlichen Familie das eine ausgewählt wird, welches als besonders tüchtig erscheint (§ 144), oder daß man mindestens ein Familienmitglied, welches sich nicht bewährt hat, übergeht und auf ein anderes überspringt. Aber auch dieses System ist der Herd vieler Zerklüftungen, Ränke und Feindseligkeiten. Man muß sich mit den Mängeln eines Erbkönigtums abfinden nach dem Satze des Hugo Grotius, daß jede Gestaltung der Sache gewisse Schwierigkeiten hat.

---

[181]) Treffend ausgeführt in dem dem Thomas v. Aquin zugeschriebenen Traktat de regimine principum I c. 1. Über Shakespeares Auffassung vom Königtum: „Die Staatsidee Shakespeares in Richard II“, Shakespeare — Jahrb. 53, 1 ff.

2. Das Königtum wird eine gewisse Befestigung der inneren Lage bringen und vielfach auch einen größeren Schutz nach außen hin ermöglichen. Es kann ein mächtiger Schirm dafür sein, daß nicht zerstörende Richtungen im Volkstum die Überhand gewinnen, und daß nicht in den Parteiungen Machtelemente zutage treten, welche durch Plutokratie, Kastengeist und Klassentyrannei der wahren Förderung des Staates hinderlich sind.

3. Endlich kann das Königtum einen Mittelpunkt der Intelligenz bilden und Künste und Wissenschaften begünstigen, was allerdings auch seine schweren Schattenseiten zeigt; denn die Folgen des Mäzenatentums treten oft in gesteigerter Bedeutung auf, wenn das Mäzenatentum ein Mäzenatentum von Königs Gnaden ist.

c) Die mittelalterliche Lehre vom tyrannus. — α) Der Usurpator (tyrannus ex defectu tituli). — αα) Inhalt und Kritik der Lehre. Bartolus' Lehre von der Vogelfreiheit des Usurpators. — **§ 148.**

I. Inhalt und Kritik der Lehre. II. 1. Bartolus' Lehre. Coluccio Salutati und andere. 2. Avicenna.

I. Das Mittelalter stellte das Entstehen und Vergehen der Regierungsformen unter rechtliche Grundsätze, was einen Übergriff des Rechts darstellt. Man sprach von der richtigen Art der Erwerbung der Staatshoheit, man sprach von dem Rechte, den Herrscher zu entthronen oder gar zu töten, wenn er sich in anderer als rechtmäßiger Weise des Königtums bemächtigt habe, und bezeichnete einen solchen Pseudosukzessor als tyrannus und entfesselte gegen ihn alle Mächte rechtlicher Gegenwehr. Es bezog sich hierbei allerdings auf das Altertum, welches den tyrannus als Usurpator mit dem schwersten Fluch belegte; aber die griechische Politik ging eben vom Prinzip der Volksherrschaft aus und betrachtete daher jede tyrannis als eine verbrecherische Anmaßung [182]).

II. 1. So hat namentlich Bartolus in seinem berühmten tractatus de tyrannis, in dem er den Unterschied zwischen dem tyrannus ex defectu tituli und dem tyrannus ex parte exercitii entwickelte, einen jeden als einen tyrannus bezeichnet, der sich in verfassungswidriger Weise in die Gewalt setzte [183]). Insbesondere nahm er an, daß, wenn ein Gebiet unter kaiserlicher Herrschaft stehe, ein neuer Herrscher nur mit kaiserlicher Genehmigung eingesetzt werden könne, also etwa ein italienischer Signore als Reichsvikar; wenn aber das Gebiet nicht abhängig sei, dann solle derjenige ein Tyrann sein, der nicht mit dem Volkswillen die Herrschaft erlangt hat,

[182]) Vgl. darüber vorzüglich Swoboda, Staatsaltertümer I 3 S. 75 f.

[183]) Vgl. darüber Ercole, Tractatus de tyranno von Coluccio Salutati (1914) und mein Geleitwort dazu.

oder nur kraft des Willens einer gewalttätig oder betrügerisch aufgeregten Masse. Ein solcher tyrannus unterliege der lex Julia majestatis, er sei von selbst vogelfrei und jeder zum Widerstand, ja zur Vernichtung, berechtigt; eine furchtbar gefährliche Lehre, welche späterhin Coluccio Salutati dadurch milderte, daß er von der Annahme einer nachträglichen stillschweigenden Billigung, sei es des Kaisers, sei es des Volkes, einen ausgiebigen Gebrauch machte.

Übrigens haben selbst solche, welche zu den überzeugtesten Monarchisten zählen, der Lehre gehuldigt, daß ein tyrannus absque titulo entthront und sogar getötet werden dürfe; denn gerade das starke Gefühl für den wahren Herrscher ließ sie den Usurpator als besonders fluchwürdig erscheinen. Selbst eine Stelle von Thomas hat man in diesem Sinne gewertet, und späterhin hat auch Bodinus (de republica II, 5) das Tötungsrecht anerkannt: tyrannus defectu tituli occidi potest; ja selbst Barclaius hat in solchem Falle den unbedingten Widerstand des Volkes gelehrt, quippe nullo foederis et fidelitatis vinculo adstringitur. Und daß die Monarchomachen (§ 150) hier zum Widerstand und zum Tyrannenmord trieben, ist bei ihrer ganzen Art begreiflich, obgleich auch bei ihnen der Gedanke Coluccios aufdämmerte, daß der Usurpator durch nachträglichen consensus legitimiert werden könne.

2. Ob auf diese Ansicht die maurischen Philosophen einen Einfluß gehabt haben, steht dahin; richtig ist, daß die Art wie Avicenna von dem Usurpatorkalifen spricht, an Schärfe nicht hinter Bartolus zurücksteht, sondern ihn noch überbietet. Man muß sich dabei erinnern, daß nach der Islamlehre der Kalif durch die Gemeinschaft der Gläubigen ernannt oder auch durch den Vorgänger im voraus bezeichnet wird (§ 133) und muß die geistliche Stellung des Kalifen berücksichtigen und erkennen, daß die Anmaßung des Kalifats auch als unerhörte Religionsverletzung galt. Immerhin kann diese Anschauung auf die Lehre des Abendlandes eingewirkt haben. Von denjenigen, die sich ungerecht die Kalifenstellung anmaßten, spricht Avicenna wie folgt[184]: „Ferner ist es notwendig, daß in dem Gesetze des Propheten bestimmt werde, daß jemanden, der die Kalifate durch seine Macht oder sein Vermögen für sich in Anspruch nehmen will, die Gesamtheit der Bürger der Stadt bekämpfen und töten müsse. Vermögen sie ihn zu töten, ohne daß sie diese Tat ausführen, dann sündigen sie gegen Gott und wenden sich von ihm ab. Derjenige, der sich an der Ausführung dieser Tat nicht beteiligen will, wird, wenn er die Möglichkeit hat, dieselbe auszuführen, für vogelfrei erklärt, und zwar nachdem die ersten der Bürgerschaft sich von der Sachlage (d. h. seiner Unterlassungssünde) überzeugt haben. Ferner muß der Gesetzgeber die Bestimmung aufstellen, daß es, abgesehen von dem Glauben an den Propheten, kein Mittel gebe, sich Gott mehr zu nähern, als die Vernichtung dieses Tyrannen."

ββ) Gemäßigtere Auffassungen vom Usurpator bei Hugo Grotius, Coke, Blackstone. — § 149.

I. Hugo Grotius. II. Coke. Blackstone.

I. Viel gemäßigter ist Hugo Grotius, welcher der Ansicht ist, auch ein Usurpator habe die königliche Gewalt, weil das Volk nicht ohne Staat sein kann und damit jede Regierung von selbst gerechtfertigt ist, solange sie besteht und den Staat lenkt. Dieser Satz birgt sich in folgender Fiktion:

[184]) Metaphysik, übersetzt von Horten, S. 678.

I. 4, 15: Et quidem dum possidet, actus imperii, quos exercet, vim habere possunt obligandi, non ex ipsius jure, quod nullum est, sed ex eo, quod omnino probabile sit, eum, qui jus imperandi habet, sive is est populus ipse, sive rex, sive senatus, id malle, interim rata esse, quae imperat, quam legibus judiciisque sublatis summam induci confusionem. Vgl. auch I, 4, 19: ut privato vi dejicere aut interficere liceat summi imperii invasorem, probare non possum: quia fieri potest, ut is, qui jus habet imperii, malit invasorem in possessione relinqui, quam periculosis et cruentis motibus occasionem dari, qui plerumque sequi solent iis violatis aut interfectis, qui validam habent factionem in populo aut externos etiam amicos. Certe an rem in id periculum adduci velit rex aut senatus aut populus, incertum est, quorum sine cognita voluntate vis justa esse non potest.

II. 1. Noch eindringlicher lehren Coke und später Blackstone, daß der Usurpator so lange König ist, als er im Besitz der Macht steht, und daß eine Zuwiderhandlung gegen ihn (ausgenommen, wenn sie zur Verteidigung des richtigen Königs erfolgt) auch nach seinem Sturz bestraft werden müsse, weil auch dem König de facto, solange er König ist, die Huldigung gebühre.

2. Coke, Instit. III, 1 p., 7, sagte dies, trotzdem er ein Führer der parlamentarischen Opposition war[185]), und er zog ausdrücklich die Konsequenz, daß der später wieder auf den Thron gelangende König de jure jeden bestrafen müsse, der sich gegen den König de facto erhoben hat: This act is to be understood of a king in possession of the crowne and kingdom: for if there be a king regnant in possession, although he be rex de facto et non de jure, yet is he seignior le roy within the purvien of this statute. And the other that hath right, and is out of possession, is not within this act. Nay if treason be committed against a king de facto et non de jure, and after the king de jure commeth to the crowne, he shall punish the treason done to the king de facto: and a pardon granted by a king de jure, that is not also de facto, is voyde.

3. Blackstone I, 10 p. 371 erklärt ebenso: though there be an usurper of the crown, yet it is treason for any subject, while the usurper is in full possession of the sovereignty, to practice anything against his crown and dignity; wherefore, although the true prince regain the sovereignty, yet such attempts against the usurper (unless in defence or aid of the rightful king) have been afterwards punished with death; because of the breach of that temporary allegiance, which was tue to him as king de facto. Und er fügt IV, 6 p. 78 bei: as the mass of people are imperfect judges of title, of which in all cases possession is prima facie evidence, the law compels no man to yield obedience to that prince, whose right is by want of possession rendered uncertain and disputable.

β) Der unwürdige Fürst (tyrannus ex parte exercitii). — αα) Allgemeines. Art des Vorgehens gegen den unwürdigen Fürsten. — **§ 150.**

I. Allgemeines. II. Art des Vorgehens. Sache des Einzelnen oder der Gesamtheit? 1. Mawerdi. Johann von Salisbury. Coluccio Salutati. Ungarische Goldene Bulle. Molina. 2. Thomas. 3. Bartolus. Lupold von Bebenburg. 4. Althusius, Milton und die Monarchomachen.

I. Die Mystik des Königtums darf aber natürlich nicht blind machen gegen die Gefahr, welche die Herrschaft des Einen mit

[185]) Vgl. über Coke Holdsworth in Essays in legal history (1913) p. 297, und über sein Verhältnis zu Francis Bacon vgl. Hatschek, Englische Verfassungsgeschichte I, S. 349, 500. Vgl. ferner „Die Staatsidee Shakespeares in Richard II", Shakespeare-Jahrb. 53, S. 5 ff.

sich bringen kann (§ 142). Der Einzelne kann auch unwürdig sein und, anstatt die Königspflicht zu erfüllen, seinen eigenen Interessen dienen oder seinen frevelhaften Launen frönen oder in die seelische Gewalt schlimmer Mächte fallen. Den schlechten Fürsten nannte man im Altertum den injustus tyrannus, später tyrannus überhaupt; er war im Gegensatz zum tyrannus ex defectu tituli ein tyrannus ex parte exercitii[186]).

II. 1. Wie man sich gegen diesen schützen solle, war im Mittelalter Gegenstand vielfacher Erörterung. Schon Mawerdi nahm an, daß unmoralische Handlungsweise, Versinken in Genußsucht und schlechte Leidenschaften den Kalifen von selbst seiner Würde entkleideten[187]). Johannes von Salisbury lehrt in solchem Falle den Tyrannenmord (§ 137), eine ungeheuer gefährliche Lehre, die von Coluccio Salutati[188]) dahin abgemildert wurde, daß nicht der Einzelne zum Richter des Tyrannen berufen sei, und daß dieser nur entthront werden dürfe autoritate imperii aut populi. Wie dies geschehen solle, bleibt allerdings zweifelhaft. Auch die ungarische Goldene Bulle von Andreas II. (1222) a. 31 gibt hier ein jus resistendi[189]). Bei Molina de just. II 24, 12 findet sich folgende begütigende Wendung[190]):

Eo ipso quod respublica aliqua illos (nämlich imperatores tyrannice dominantes) tolerat, eo quod non valeat jugum eorum excutere . . . . praecepta et judicia ipsorummet imperatorum [obligant in foro conscientiae], non quidem autoritate propria imperatorum, sed autoritate ipsiusmet reipublicae; praesumendum namque est, republicam velle, ut tale regimen vim habeat, posito quod respublica potest aliud constituere.

2. a) Den Gedanken, daß gegen den Tyrannen nicht durch privata praesumptio, sondern publica autoritate vorzugehen sei, hat schon Thomas von Aquin (oder der sonstige Verfasser des herrlichen Buches de regimine principum I 6 (§ 138) ausgesprochen:

. . . . si non fuerit excessus tyrannidis, utilius remissam tyrannidem tolerare ad tempus, quam contra tyrannum agendo multis implicari periculis,

---

[186]) Vgl. Milton über das Wesen des Tyrannen, in Tenure of kings, II p. 284: A tyrant, whether by wrong or by right coming to the crown, is he who regarding neither law nor the common good reigns only for himself and his faction.

[187]) Mawerdi, übersetzt von Ostrorog I p. 171.

[188]) Ausgabe Ercole p. XXXIII f.

[189]) Quod si vero nos vel aliquis successorum nostrorum aliquo unquam tempore huic dispositioni nostrae contraire voluerit, liberam habeant harum autoritate sine nota alicuius infidelitatis tam episcopi quam alii jobbagiones ac nobiles regni universi et singuli, praesentes et futuri posterique, resistendi et contradicendi nobis et nostris successoribus in perpetuum facultatem.

[190]) Über den Standpunkt der spanischen Naturrechtslehre überhaupt und darüber, daß die Auffassung des Coluccio Salutati vom Konstanzer Konzil bestätigt worden ist, Arch. f. Rechtsph. X S. 253 f.

quae sunt graviora ipsa tyrannide .... si sit intolerabilis excessus tyrannidis, quibusdam visum fuit, ut ad fortium virorum virtutem pertineat, tyrannum interimere seque pro liberatione multitudinis exponere periculis mortis ..... Sed hoc Apostilicae doctrinae non congruit ..... Plerumque huiusmodi periculis magis exponunt se mali quam boni ..... Videtur magis contra tyrannorum saevitiam non privata praesumptione aliquorum, sed autoritate publica procedendum. Nec putanda est talis multitudo infideliter agere, tyrannum destituens, etiamsi eidem in perpetuum se ante subjecerat, quia hoc ipse meruit, in multitudinis regimine se non fideliter gerens, ut exigit regis officium, quod ei pactum a subditis non reservetur. ...... si ad jus alicujus superioris pertineat multitudini providere de rege, expectandum est ab eo remedium contra tyranni nequitiam .... si omnino contra tyrannum auxilium humanum haberi non potest, recurrendum est ad regem omnium Deum, qui est adjutor in opportunitatibus, in tribulatione; eius enim potentiae subest, ut cor tyranni crudele convertat in mansuetudinem .... tyrannos vero, quos reputat conversione indignos, [Deus] potest auferre de medio vel ad infimum statum reducere.

b) Allerdings schleicht sich in der Summa in 2, 2 qu. 42 a. 2, eine entgegengesetzte Ansicht ein: während Thomas sonst jede seditio als schwere Sünde erklärt, gestattet er bedingungsweise einen Widerstand gegen den Tyrannen, in dem er erklärt, daß hier nicht der Widerstandleistende, sondern der Tyrann ein seditiosus sei:

regimen tyrannicum non est justum, quia non ordinatur ad bonum commune, sed ad bonum privatum regentis, ut patet per Philosophum. Et ideo perturbatio hujus regiminis non habet rationem seditionis; nisi forte quando sic inordinate perturbatur tyranni regimen, quod multitudo subjecta majus detrimentum patitur ex perturbatione consequenti quam ex tyranni regimine. Magis autem tyrannus seditiosus est, qui in populo sibi subjecto discordias et seditiones nutrit, ut tutius dominari possit.

3. Dem folgend hat auch Bartolus im tractatus de Guelphis et Gebellinis nr. 8 den Widerstand gegen den tyrannus und das Absetzungsrecht als Recht des Einzelnen gelehrt nach dem Satze: licitum est jus dicere propria auctoritate, quando non habetur copia judicis, und dies besonders contra eos qui ipsam rempublicam et eius statum depopulantur — er lehrte es ohne die Milderung, die später Coluccio Salutati eingeführt hat. Auch Lupold von Bebenburg ist nicht völlig gegen die Absetzungsbefugnis, die er auf Notrecht gründet.

Den Gedankengang des Bartolus finden wir übrigens schon 1700 Jahre vor ihm im Orient. In China äußerte sich im 4. Jahrh. v. Chr. Mencius (Mongdsi), der große Konfuziusnachfolger, auf die Frage: „Geht es denn an, daß ein Diener seinen Fürsten mordet?" dahin: „Wer die Liebe raubt, ist ein Räuber, wer das Recht raubt, ist ein Schurke." Ein Schurke und Räuber ist einfach ein gemeiner Mensch. Das Urteil der Geschichte lautet, daß der gemeine Mensch Dschu-Sin (so hieß der entthronte Fürst) hingerichtet worden ist: ihr Urteil lautet nicht, daß ein Fürst ermordet worden sei[191].

---

[191]) Mongdsi, verdeutscht von Richard Wilhelm (1914) S. 18.

4. Ganz in die Spur des Johann von Salisbury traten aber Althusius, Milton[192]) und die Schar derjenigen, welche man Monarchomachen nennt, die Schriftsteller Frankreichs und Schottlands, welche vom 16. und 17. Jahrhundert in verschiedenen Streitschriften die Stellung erörterten, die das Volk gegen den Tyrannen (ex parte exercitii) einzunehmen habe[193]).

Ihre Ausführungen zeugen allerdings von dem politischen Dilettantismus, welcher die gesamten Monarchomachen kennzeichnet. Man soll den Tyrannen zuerst warnen und erst dann gegen ihn vorgehen, wenn er sich nicht bessert! Außerdem sollen nur die Magistrate die Initiative des Widerstandes und der Verfolgung haben, denen das Volk sich anschließen müsse. Althusius konstruiert zu diesem Zwecke ein eigenes Ephorat, eine Art von Aufsichtsrat, welcher überhaupt den summus magistratus zu überwachen habe. Und Bourlamaqui, Principes du droit de la nature (1768) VII 2 § 9 meint gar: si la tyrannie, devenue insupportable, soulève la nation, toute puissance étrangère doit secourir un peuple opprimé qui lui demande de l'assistance. Also Interventionsrecht Dritter! Nichts kurzsichtiger als dies.

ββ) Gefahren des Vorgehens gegen den unwürdigen Fürsten. Kritik der Lehre. Heutige Behandlung politischer Delikte. — **§ 151.**

I. Bodinus. Suarez. Barclaius. Hobbes. Spinoza. Coluccio Salutati. II. Hugo Grotius. III. Pufendorf. Leibniz. IV. 1. Kritik der Lehre. 2. Heutige Behandlung politischer Delikte.

I. Weitschauende Geister haben mit Recht auf die Gefahren aufmerksam gemacht, welche dieses ganze System mit sich bringt: daß es die Grundfesten erschüttert und zu nicht vorauszusehenden Umwälzungen, zu oft langwierigen inneren Kämpfen und Zerrüttungen führt, unter welchen das Ganze wie der Einzelne furchtbar zu

---

[192]) Tenure of kings and magistrates (1649), in Prose works Ed. 1806 II p. 271: That is lawful and hath been held so through all ages for any who have the power, to call to account a tyrant or wicked King and, after due conviction, to depose and put him to death, if the ordinary magistrate have neglected or denied to do it. II p. 277: Laws . . . . that should confine and limit the authority of whom they chose to govern them; that so man of whose failing they had proof might no more rule over them, but law and reason, abstracted as much as might be from personal errours and frailties. II p. 281: Since the king . . . . holds his authority of the people . . . . then may the people as oft as they shall judge it for the best, either choose him or reject him, retain humor depose him, though no tyrant, merely by the liberty of freeborn men to be governed as seems to them best. II p. 279: To say kings are accountable to none but God, is overturning of all laws and government. For if they may refuse to give account, then all covenants made with them at coronation, all oaths are in cain and mere mockenes. Vgl. ferner Milton, defence of the people of England in answer to Salmasius defence of the king (1650) ib. III p. 149: The people have a warrant from God to judge wicked princes; er nennt es eine: wicked and foolish opinion, that kings, who commonly are the worst of men, should be so high in Gods account, as that he should have put the world under them, to be at their beck and be governed to their humors.

[193]) Treumann, Die Monarchomachen (1895). Der Name rührt von ihrem Gegner Barclaius her. Neuerdings auch Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht (1916).

leiden hat. So schon Thomas an der angeführten Stelle, so Bodinus (de republ. II 5)[194]: quanta sit tyrannorum futura multitudo, si tyrannos subditos occidere liceat, quam multi innocentes ac optimi principes suorum conspiratione morituri! So Suarez[195], Barclaius, Hobbes, welcher sagt, daß aus solcher revolutionären Bewegung Gefahren entstünden, die schlimmer wären als der schlimmste Tyrann, und ebenso Spinoza in seinem tractatus theologico-politicus XVI 61[196]. Und schon Coluccio Salutati hatte gesagt:

tot calamitates sequi solent totque scandala concitari, cum status reipublicae commutatur, quod omnia satius tolerari sit, quam in mutacionis periculum devenire.

II. Dazwischen steht Hugo Grotius.

Er drückt sich etwas zweifelhaft aus I 4, 7: Haec autem lex de qua agimus, pendere videtur a voluntate eorum, qui se primum in societatem civilem consociant, a quibus jus porro ad imperantes manat. Hi vero si interrogarentur, an velint omnibus hoc onus imponere, ut mori praeoptent quam ullo casu vim superiorum armis arcere, nescio an velle se sint responsuri, nisi forte cum hoc additamento, si resisti nequeat, nisi cum maxima reipublicae perturbatione aut exitio plurimorum innocentium. In I 3, 8 meint er: rejicienda est eorum opinio, qui ubique et sine exceptione summam potestatem esse volunt populi ita, ut ei reges, quoties imperio suo male utantur, et coercere et puniri liceat, quae sententia quot malis causam dederit et dare etiamnunc possit, penitus animis recepta, nemo sapiens non videt. In I 4, 11 aber sagt er: amitti regnum, si rex vere hostili animo in totius populi exitium feratur; quod concedo: consistere enim simul non possunt voluntas imperandi et voluntas perdendi; quare qui se hostem populi totius profitetur, is eo ipso abdicat regnum.

III. Zurückhaltend äußern sich auch Pufendorf[197] und Leibniz, Meditations sur la notion commune de la justice (Haupt-

---

[194]) Allerdings gestattet auch er einen Widerstand gegen einen Befehl, der legi naturae dissentaneum est, Bodinus III 4.

[195]) de legibus III 10, 9: Contingit autem, ut respublica, quia non potest illi (sc. tyranno) resistere, illum toleret et ab eo se gubernari sinat et tacite consentiat ac velit justitiam per ipsum administrari propter rationem tactam, quia minus malum est per illum gubernari quam omnino carere justa coactione et directione. III 10, 10: Multo majora incommoda contra bonum commune sequi, si potestas civilis pendeat ex privata fide vel bonis moribus ipsius principis, quia nulla esset pax neque obedientia in republica, sed quilibet subditus vellet superiorem suum judicare et consequenter illi obedientiam negare, quod absurdissimum est. Vgl. auch noch Molina, de justit. commutat. III 6, 2.

[196]) Dies habe ich auch in der Hamletfrage hervorgehoben, so in meinem Shakespeare, so in Westermann 55 S. 882. Das wollten die früheren Shakespeare-Ausleger nicht verstehen; sie meinten, Hamlet hätte einfach zustoßen sollen, auch Goethe ist von diesem politischen Dilettantismus nicht frei zu sprechen. Sein Irrtum hat die ganze Hamletfrage in eine falsche Bahn gebracht. Vgl. darüber jetzt mein Geleitwort zu Mai-Rodegg, Hamlet-Entdeckungen eines Schauspielers (1916) S. 10, „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“, 2. Aufl. S. 210 ff.

[197]) de jure naturae VII 8, 9: Qui de facto summum imperium obtinet, utut possessionem pravis artibus invaserit, a singulis civibus tantisper pro

schriften II S. 514). Letzterer meint, daß ein Widerstand gegen den Tyrannen für gewöhnlich zu verwerfen sei, aus dem obigen Grunde, daß dadurch mehr Übel entsteht, als dasjenige ist, das man beseitigen will. Aber dies gelte nur für das gewöhnliche, für das jus strictum; das jus aequum könne auch hier eine Ausnahme gestatten! Damit ist wenig geholfen.

IV. 1. Natürlich liegt auch hier (ebenso wie § 148) ein Übergriff des Rechts vor. Das Recht hat nur etwas zu sagen, wenn verfassungsmäßige Organe vorhanden sind, welche nötigenfalls einen schlimmen König absetzen können. Daß sonst, wenn das Volk die Art des Tyrannen schwer fühlt, leicht eruptive Kräfte entfesselt werden, ist richtig; allein dies gehört nicht dem Rechte, sondern der Politik an: Recht und Politik dürfen nicht verwechselt werden; die Politik hat nicht nur mit Rechtszuständen, sondern auch mit Dingen zu tun, die außerhalb des Rechtes liegen.

2. Unser heutiges Recht hütet sich vor derartigen Übergriffen; und nur in einem Punkte tritt der politische Gedanke in unser Recht ein, in der besonderen Behandlung der sogenannten politischen Delikte. Ihr Wesen besteht darin, daß eine Person sich als Träger des Schicksals erachtet, um für die Aufhebung der Herrschaft oder für die Begründung einer neuen Herrschaft in die Weltgeschichte einzugreifen. Gelingt es, so ist er ein Träger des Schicksals, gelingt es nicht, dann liegt ein Irrtum vor, und dieser Irrtum führt ihn in dem Staate, den er gefährdet hat, aufs Schaffot, denn hier läßt man das Recht walten, das ihn als Hochverräter bestraft; andere Staaten aber betrachten ihn als einen politisch Irrenden und erklären sich als nicht berufen, ihn der Gerichtsbarkeit jenes Staates auszuliefern. Sie gewähren ihm ein Asyl.

d) Beschränkung des Königtums. — α) Allgemeines und Geschichte. — αα) Allgemeines. Germanisches Recht. — § 152.

I. Allgemeines. II. Germanisches Recht. 1. Selbstbeschränkung. Volksversammlung. Hoftage. 2. Keine Unverantwortlichkeit.

I. Es ist ein begreifliches Bestreben, die königliche Macht mit gewissen Garantien zu umgeben, so daß eine Ausartung auch dann verhütet wird, wenn einmal eine Persönlichkeit weniger vom Pflichtbewußtsein durchdrungen ist.

Schon in dem Tractatus de regimine principum (von Thomas? §§ 138, 150) findet sich I, 6 der Satz: sic disponenda est regni gubernatio, ut regi jam instituto tyrannidis subtrahatur occasio. Simul etiam sic eius temperetur potestas, ut in tyrannidem de facili declinare non possit . . . .

---

legitimo principe sit censendus, quando nullus adest, qui meliori jure imperium sibi vindicare possit. Hoc enim rationis est, ut qualiscunque possessoris postestas valeat, modo legitime principis regimen imitetur; quippe cum omnium intersit, quemvis potius reipublicae prospicere, quam eandem incerto rectore inter perpetuas turbas volvi.

II. 1. Das germanische Recht hat von jeher den Gedanken einer Selbstbeschränkung der königlichen Gewalt in sich getragen, und zwar nicht nur, um den Mißbrauch zu verhüten, sondern auch, um das Königtum mit dem Volkstum in nähere Berührung zu setzen. Das alte germanische Recht kannte Volksversammlungen, welche meist mit der Heeresversammlung verbunden waren (im fränkischen Reich das Märzfeld, seit Pipin 755 das Maifeld, das aber unter Ludwig I. verschwindet), sodann vor allem die Versammlungen der Großen, die Hoftage, welche in früheren Zeiten im Frühjahr und im Herbst erfolgten.

Wäre die Entwickelung des germanischen Königtums eine gesunde Weiterentwickelung gewesen und nicht durch so viele verderbliche Gegenstöße aus der Bahn geworfen worden, so hätte sich hieraus die moderne Weise eines konstitutionellen Königtums im germanischen Geiste gestalten lassen. Dies ist nicht geschehen: die Schicksale des Königtums auf der einen, die Eingriffe der Landeshoheit auf der anderen Seite haben die richtige Fortbildung durchbrochen; das Ständewesen hat die Sache nicht gefördert, der deutsche Reichstag mit seinen 3 Kollegien hat unvollkommen funktioniert. Immerhin ist auch hier die Lehre von der Pflicht und den Beschränkungen des Königtums gewahrt worden.

2. Selbst die Unverantwortlichkeit des Königs hat das germanische Recht nicht angenommen; wenn auch hier keine festen Grundsätze galten.

So sprach man von seiner Bindung an die leges, von der Unterwerfung unter das Pfalzgrafengericht (Sachsensp. III 52, 3; Gold. Bulle V 3), von Absetzbarkeit: die Absetzung Heinrich IV. war ja beschlossen gewesen. So auch deutlich Bracton de legibus Angliae I 8 § 5: Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem; und ebenso Fortescue, de laudibus Angliae c. 34.

ββ) Idee der unbeschränkten majestas; Verwechslungen. Organschaftsidee. — **§ 153.**

I. Verwechslung des Subjektes der maiestas: 1. Das höchste Staatsorgan bei Bodinus. 2. Der populus bei Althusius. 3. Das commune und proprium subjectum bei Hugo Grotius. 4. Vorbehalte des Bodinus und der Nachfolger. II. Folgen der Verwechslung: Unbeschränkbarkeit des Königtums. Reiningk. Vultejus. Pufendorf. Aeneas Sylvius. III. Herausarbeiten des Staatsbegriffs durch Hobbes und Pufendorf. Entwickelung der Organschaftsidee durch Friedrich den Großen.

I. 1. In diese Entwickelung hat aber die Idee des Bodinus von der unbeschränkten majestas (de republica I 8 u. 10) eingeschlagen, mit der Bodinusschen Eigenart, welche die majestas, die Eigenschaft des „a legibus solutum esse“, nicht dem Staat, sondern dem höchsten Staatsorgan zuschrieb, und diese Eigenart, die Verwechslung des Staates mit seinem höchsten Organ, hat auf die ganze Staatsrechtsentwickelung einen verhängnisvollen Einfluß ausgeübt (§ 127).

2. Diese Verwechslung teilt auch Althusius, nur daß er nach der entgegengesetzten Richtung abirrt. Die majestas

habe eigentlich der Staat als corpus symbioticum, aber sofort schreibt er sie, in Verkennung der Eigenart der juristischen Person, einem Organ zu; nur ist das Organ bei ihm nicht der Herrscher, sondern der populus: denn der populus ist nach dem Kern der Lehre des Althusius das einzige wahre Organ des Staates, der summus magistratus dagegen nur der mandatarius populi. Die Verwechslung hängt mit den Erörterungen zusammen, welche sich an die Worte der Digesten fr. 9 de lege Rhodia de jactu knüpfen: „ego sum dominus mundi"; sie ist begreiflich.

3. Einen Versuch, dieser Verwechslung zu entgehen, machte Hugo Grotius, welcher als Träger der summa potestas das commune und das proprium subjectum unterscheidet; das erstere sei die civitas, das letztere die persona una pluresve, welcher die Herrschaft zukomme (I 3, 7).

Diesen Unterschied vergegenwärtigt er damit, daß als das Subjekt des Sehens ebenso das Auge wie der ganze Körper aufgefaßt werden könne. Damit hat er den Unterschied zwischen der majestas des Staates und der Stellung des Herrschers als Organ des Staates bereits markiert, aber er kommt nicht aus dem Bilde heraus und verkennt, daß die Stellung des Organs des Körpers eine bloße Naturstellung, die Stellung des Organs der juristischen Person eine Rechtsstellung ist.

4. Allerdings machen selbst Bodinus und seine Nachfolger den wichtigen Vorbehalt, daß das Königtum an das jus divinum und das jus naturale gebunden sei (§ 137); so hatte es schon Augustinus bezüglich des jus divinum (c. 92 und 97 C. XI qu. 3) gelehrt, und so sagt Bodinus de republica I c. 8, III c. 4, der königliche Befehl sei nicht bindend, wenn er legi naturae dissentaneum sei, ebenso wie Hugo Grotius I 3 § 16 ausdrücklich von der observatio juris naturalis ac divini spricht, ad quam reges omnes tenentur.

II. Dieser Gedanke trat später mehr und mehr zurück, und die Verwechslung hat dahin geführt, daß das Königtum als unbeschränkbar und als jeder Verantwortung entzogen erklärt wurde. Die Unbeschränkbarkeit haben auch die Publizisten des Deutschen Reiches, wie Reiningk (1590—1664), Vultejus (1555—1634) und andere, angenommen; die in concreto vorhandenen Beschränkungen versuchten sie in der Bodinusschen Weise zu erklären, daß sie den status reipublicae und die ratio gubernandi unterschieden — ein Unterschied, der nicht nur zu vielen Häklichkeiten Anlaß gab, sondern auch für das Königtum verhängnisvoll wurde; denn nun trat der Gedanke hervor, daß der König nicht wirklich regiere, sondern als regierungsloser Abgott des Staates hinter der Wirklichkeit des Lebens stehe. Pufendorf aber (jus nat. VII 6, 10) suchte dem Satze von der Teilung der Souveränität dadurch zu entgehen, daß er die Zustimmung der anderen Organe als Bedingung der Gültig-

keit des Königsbeschlusses, nicht als Mitbeteiligung an der Gewalt, betrachtete. Der Gedanke der Unverantwortlichkeit aber, den übrigens auch schon Aeneas Sylvius aufgestellt hatte, drang durch, und um doch ein verantwortliches Organ zu haben, griff man zu dem Mittel des Kanzleramtes, das später (§ 155) zu erörtern ist.

III. Die richtige Ansicht konnte erst hervortreten, als Hobbes und als Pufendorf[197a]), welcher in der Lehre von der juristischen Person Bahnbrechendes leistete, den Begriff des Staates und des Staatswillens klar herausgearbeitet hatten. Der Begriff der Organschaft (§ 67) und der Organschaftsrechte war damals noch wenig entwickelt; hat ihn doch selbst das moderne Pandektenrecht nicht zu gestalten vermocht, wo man sich noch mit der falschen Idee behalf, daß die Organe als Vertreter der juristischen Person zu betrachten seien. Und wenn nun gar ein Organ wie der König oder Kaiser nicht durch interne, sondern durch äußere, Vorgänge in die juristische Person hineingesetzt war, so lag die Idee, daß er zu der juristischen Person in einem exoterischen Verhältnis stehe, daß er ihr fremd gegenüber trete und nicht ein Teil ihrer selbst bilde, sehr nahe. Ist doch diese Organschaftsidee erst durch Friedrich den Großen zur vollständigen Durchführung gelangt mit dem Satze von dem Fürsten als dem ersten Diener des Staates; einem Satze, den allerdings schon im 11. Jahrhundert der Mönch Manegold von Lautenbach berührte, als er das Königtum als officium bezeichnete.

γγ) Die Lehren Lockes und Montesquieus. — **§ 154.**

I. Allgemeines. II. Kritik: 1. des parlamentarischen Systems; 2. des Zurücktretens der Person des Königs; 3. des pouvoir constituant.

I. Wie in § 152 bemerkt, ist leider die Entwickelung, sowohl was die Volksversammlung, als was das Kanzleramt betrifft, in Deutschland unterbrochen worden, und die Welt mußte den Kanon königlichen Wirkens von außen entnehmen; es war die englische Lehre Lockes und seines Gefolgen Montesquieu, welche fast überall in den westlichen Kulturstaaten, so auch in Deutschland, durchdrang. Man schöpfte sein öffentliches Recht von außen her,

---

[197a]) So sagt Hobbes, Leviathan 17: Civitas persona una est, und so erklärt Pufendorf in seinem jus naturae et gentium VII 2, 13: multitudo unita civitatem constituit, quae ad modum unius personae concipitur intellegentis et volentis aliasque actiones peculiares a singulorum actionibus separatas edentis. Unoque nomine ab omnibus hominibus particularibus distinguitur atque dignoscitur; sodann § 14: Voluntas civitatis exercet sese vel per unam personam simplicem vel per unum concilium, prout in illam aut hoc summa rerum fuit collata . . . . voluntas monarchae publicae voluntatem civitatis repraesentat.

ebenso wie man seinerzeit das Zivilrecht von Rom her beeinflussen ließ. So ist das Parlament mit dem Zweikammersystem dem englischen Recht entnommen[198]), ebenso das System der drei Gewalten[199]).

II. Aber ebenso wie im Zivilrecht, darf dieser Einfluß der Rezeption nicht übertrieben werden und nicht zu einer völligen Abhängigkeit führen. Dies gilt nach drei Richtungen hin:

1. Man wollte das Königtum an das Parlament binden durch das sogen. parlamentarische System, das sich in England im 19. Jahrhundert entwickelt hat, wonach der König gehalten sei, die Minister aus der Partei zu ernennen, welche die Mehrheit des Parlaments darstellt. Man glaubte, daß nur hierdurch ein gedeihliches Zusammenwirken beider Staatsorgane möglich sei. Dieses System ist nur empfehlenswert in Staaten, in welchen die Parteigliederung des Parlaments eine feste und stetige ist, so daß sie zwei verschiedene Richtungen darstellt, die sich von Zeit zu Zeit ablösen und dadurch einen gewissen Turnus in die Regierung bringen, also in Staaten mit starker Aristokratisierung der Volksvertretung. Sonst ist das System wenig empfehlenswert. Es verstrickt das Königtum in die Netze der Demokratie und nimmt ihm einen seiner Hauptvorteile, nämlich die Erhabenheit über die Majoritätsherrschaft, das Übergewicht des Geistes gegenüber den oft verderblichen Schlägen der blinden Parteileidenschaft. Noch weniger ist das System des Referendums (§ 144) zu befürworten, welches in der Schweiz ein schwerer Hemmschuh gesetzgeberischer Neuerungen gewesen ist.

2. Man wollte dem König überhaupt verwehren, seine Persönlichkeit zur Geltung zu bringen, und verlangte, daß er hinter den Ministerien zurücktrete. Dies ist gleichfalls unzulässig und der deutschen Anschauung völlig widersprechend. Jede kräftige Regierung wird die Persönlichkeit des Herrschers durchfühlen lassen, und ein opfervolles Wirken des Königs ist ohne ein starkes Hineintragen seiner Persönlichkeit undenkbar.

3. Man wollte über alle Staatsorgane eine regulierende und kontrollierende Macht, den pouvoir constituant, das sovereign body, setzen, und verkannte vollständig, daß dieses doch nur ein Organ über den anderen Organen wäre; und würde man als solches die Volksversammlung bestimmen, diese also als Nichtorgan, als Staat im Staate, ansehen, so würde man zur völligen Zertrümmerung des organischen Staates gelangen[200]).

---

[198]) Einführung 5. Aufl. S. 121 ff.

[199]) Vgl. § 142. Über die Stellung des Richtertums vgl. auch Blackstone I 7 p. 268, wonach die Richter nicht vom König, wohl aber von den beiden Häusern des Parlaments abgesetzt werden könnten.

[200]) So sagt Blackstone I 3 p. 211 über die Erhebung Wilhelms von Oranien auf den englischen Thron zunächst: whenever a question arises

β) Vesirat. — § 155.

I. Orient. 1. Indien. 2. Islam: freieste Vollmacht, aber abhängige Stellung. II. Fränkisches Reich, Frankreich, Deutschland. 1. Der fränkische Referendar und Kanzler. 2. Frankreich. a) Selbständigkeit des Kanzlers. Substitut. b) Entwickelung zum verantwortlichen Minister seit Bodinus. 3. Deutschland. a) Äußerliche Rezeption des englischen Rechts. b) Konstruktion auf Grund islamitischen und indischen Rechts. III. Erbliches Vesirat. 1. Allgemeines. 2. Hausmeiertum im Merowingerreich. 3. Schogunat in Japan.

I. 1. Schon im altindischen Königtum bestand die Einrichtung eines neben dem König wirksamen Ministeriums, und es galt selbst der Grundsatz, daß der König ohne den Minister keine politischen Akte vollziehen konnte. Nur hatte dieses Ministerium nicht die abhängige Stellung wie bei uns; es war dem König durch die Adelsfamilien aufgedrängt, und auf diese Weise bildete die Einrichtung eine Brücke zur Aristokratie [201]).

2. a) Im Islam hat das Vesirat neben dem Kalifat von alter Zeit gegolten; der Vesir (im eigentlichen Sinne) ist der Kanzler, das Alterego des Kalifen, der mit der freiesten Vollmacht bekleidet ist. Mawerdi sagt von ihm, er dürfe alles tun, nur drei Dinge nicht; er dürfe keinen Kalifennachfolger ernennen, er dürfe keinen von dem Kalifen persönlich ernannten Beamten entlassen, und außerdem dürfe er nicht freiwillig zurücktreten, sondern müsse auf seinem Posten verharren, so lange der Kalif will.

b) Andererseits ist das Vesirat eine vollständig abhängige Stellung, beruhend auf einer Valaya, einer Bestallung des Kalifen; daher kann der Vesir jederzeit entlassen werden, und jederzeit kann der Kalif in seine Funktionen hineinsprechen, selbst handeln und die Handlungen des Vesirs zurücknehmen, vorbehaltlich natürlich der bereits eingetretenen Rechtsfolgen.

c) Neben diesen allgemeinen Vesiren gibt es auch Spezialvesire, denen besondere Abteilungen der Regierung oder auch besondere Einzelfunktionen überlassen sind. Sie können hier außer Betracht bleiben.

II. 1. Eine ähnliche Stellung hatte im fränkischen Reiche zuerst der Referendar, später der cancellarius. Der Referendar war der Siegelbewahrer; er hatte es daher in der Hand, den königlichen Urkunden durch Siegelung die letzte Vollendung zu geben, war aber auch für die Echtheit der Urkunden verantwortlich. Die Stelle des Kanzlers nahm später eine größere Würde an: er war nicht mehr der Bestätiger der einzelnen Urkunden, sondern das Haupt der königlichen Urkundenbehörde. Der Kanzler wurde

---

between the society at large and any magistrate vested with powers originally delegated by that society, it must be decided by the voice of the society itself; there is not upon earth any other tribunal so resort to. Wenn man aber fragt, welches die Stimme der society ist, so kommt er auf die assembly of the lords and commons. Also das Parlament ist der Popanz, der plötzlich als Volk auftritt. Aber es ist dem Juristen hierbei nicht sehr wohl; er fürchtet, diese Idee könne zu einem Rechte auf Revolution gegen die königliche Macht führen, in case we should think it to have been injust, oppressive or inexpedient. Er will sich vielmehr damit trösten, daß man in dieser zeitlichen Distanz die Entscheidung der Vorfahren anerkennen müsse!

[201]) Orientalisches Recht S. 104. Von Fürst und Minister spricht auch Cankara in Vedanta I 1, 7.

seit Ludwig dem Deutschen meist ein Geistlicher, und mit der Zeit trat das Erzkanzleramt des Erzbischofs von Mainz hervor, der aber nur in wichtigen Fällen selbst wirklich tätig war, während sonst ein Hofkanzler die Geschäfte besorgte. Immerhin trat im Erzkanzler des mittelalterlichen Kaisertums, wie in Indien, der Gedanke zutage, daß dem König ein aristokratisches Volkselement zur Seite stehen müsse.

2. a) In Frankreich regte sich noch der Gedanke der Selbständigkeit und Unabsetzbarkeit des Kanzlers: dieser konnte nicht gegen seinen Willen entfernt werden; doch suchte man in entsprechenden Fällen seine Macht zu unterhöhlen, indem man einen Substituten (den garde des Sceaux) in seine Funktionen eintreten ließ [202].

b) Die Entwickelung vom Kanzler zum verantwortlichen Minister, die Entwickelung der Gegenzeichnung zur Deckung des Königs und zur Wahrung seiner Verantwortungslosigkeit hat sich erst vollzogen, als seit Bodinus die Lehre von der majestas des Königs durchgedrungen war (§ 153).

3. a) Der Umschwung wäre sicher auch in Deutschland eingetreten, er ist aber hier nicht zu Ende gediehen: die Staatsverhältnisse des Deutschen Reiches waren durch zu viele Hemmungen durchkreuzt. Daher hat man auch hier äußerlich zur Rezeption gegriffen und aus dem englischen Recht die Technik entnommen, wonach der König nur mit dem Kanzler oder Minister und mit seiner Gegenzeichnung politisch handeln kann, so daß man immerhin ein Organ hat, an das man sich halten und das man verantwortlich machen kann (Ministeranklage, impeachment).

b) In der Tat aber können wir die ganze Einrichtung auch ohne das englische Recht konstruieren; die moderne Ministereinrichtung ist eine Kombination des islamitischen Vesirats mit dem indischen System: auf der einen Seite das freie Ernennungs- und Entlassungsrecht des Königs, auf der anderen Seite die Vorschrift, daß der König nicht ohne den Minister handeln darf; wie ja auch schon der Islam den Satz ausgesprochen hat, daß der Vesir nicht nur die Aufgaben des Königs erleichtern, sondern ihn auch vor Irrtümern behüten solle. Die Bodinussche Lehre von der Unverantwortlichkeit des Königs blieb nun gewahrt.

III. 1. Eine eigenartige Gestaltung hat das Vesirat in einigen Ländern angenommen, als es zur erblichen Einrichtung wurde. Eine solche Machterweiterung führte mit Notwendigkeit zur Nebenregierung, welche schließlich die Hauptregierung wurde und das Königtum in den Schatten stellte. Die zwei Hauptbeispiele sind das Hausmeiertum des merowingischen Reichs und das Schogunat Japans.

---

[202]) Violet, Le roi et ses ministres (1912) p. 179 f.

2. In Franken war es die Aristokratie, welche sich dem Königtum aufdrängte, und bezeichnend war es, daß hier, wie in Japan, Kämpfe um das Hausmeiertum ausbrachen, bis die Arnulfinger, gestützt auf ihre austrasische Macht, das Hausmeiertum in ihrer Familie befestigten. Wie dieses zum förmlichen Sturz des merowingischen Königtums führte und welche Rolle hierbei das Papsttum spielte, ist bekannt.

3. In Japan, wo schon früher eine Art von Hausmeiertum des alten Gelehrtenadels (kuge) bestand, nahm dieses einen bedränglichen Charakter an, als sich der Militäradel der buke entwickelte und den Geschlechteradel beiseite schob. So kam das Schogunat an den General Horitomo, so an die Familie der Aschikaga, so wurde es streitig zwischen Nobunaga und Hidejoschi, bis ums Jahr 1600 Jyeyasu das Schogunat auf Jahrhunderte mit seiner Familie (der Tokugawa) vereinigte[203]). Jetzt wurde der Mikado förmlich in den Schatten gestellt, er war nur ein Gefangener, der im Kerker seines Palastes von allem Verkehr abgeschnitten war; eine persona sacrata, die in völliger Weltabgeschiedenheit ihre Tage verbrachte. Die förmliche Absetzung des Mikado, die Usurpation der Mikadostellung wagten die Tokugawa nicht, und dies war ihr Verhängnis; denn als ihre Macht im 19. Jahrhundert sank, erhob sich 1867 das Mikadotum wieder zu neuer Kraft, und das Schogunat hatte ausgelebt.

Zweites Kapitel

Staatswirksamkeit

Einleitung. Rechtspflege und Verwaltung — **§ 156.**

I. Scheidung in Rechtspflege und Verwaltung. Die Rechtspflege folgt den Geboten des Rechts. II. 1. Die Verwaltung folgt den Geboten der Zweckmäßigkeit. 2. Ihre Aufgaben sind geschichtlich bedingt.

I. Die Wirksamkeit des Staats ist eine Wirksamkeit für die Kulturinteressen des Volkes, ja für die Kulturinteressen der ganzen Menschheit. Diese Wirksamkeit scheidet sich sofort in zwei sehr verschiedene Arten von Betätigungen: Betätigungen zum Zweck der Rechtsverwirklichung und Rechtsfeststellung und sonstige Betätigungen, also Rechtspflege und Verwaltung. Der Unterschied ist von einschneidender Wichtigkeit für die ganze Art des staatlichen Wirkens. Die Verwaltung ist eine Betätigung in den Schranken des Rechts, die Rechtspflege ist eine Betätigung im Dienste des Rechts. Die Rechtspflege des Staates hat lediglich den Geboten des Rechts zu folgen und die Zweckmäßigkeit nur insofern zu beobachten, als diese ein Element in der Gestaltung des Rechtes ist.

II. 1. Die Staatsverwaltung dagegen hat in hohem Maße den Geboten der Zweckmäßigkeit und Interessenwirtschaft

[203]) Orientalisches Recht S. 147.

zu dienen und hat dabei nur die Schranken einzuhalten, welche von der Rechtsordnung bestimmt sind: das Recht ist der Rahmen, innerhalb dessen sich die Verwaltung bewegt. Die Staatsverwaltung unterliegt nicht der Philosophie des Rechts, sondern der allgemeinen Kulturphilosophie, und scheidet daher hier aus.

2. Beachtenswert ist nur Folgendes[204]):

a) Welche Gebiete der Staat in die Hand nimmt und wieviel er anderen Gewalten überläßt, bestimmt sich nicht nach allgemein geltenden Regeln, sondern nach den Sätzen der geschichtlichen Bedingtheit. Der Staat hat überall da einzuschreiten, wo anzunehmen ist, daß wesentliche Kulturaufgaben durch die Betätigung der Einzelnen und durch die Betätigung privater Vereinigungen nicht genügend erfüllt werden können. Hiervon ist bereits in der Lehre von Staat und Gesellschaft die Rede gewesen (§ 126). In bezug auf die Rechtsverwirklichung hat heutzutage der Staat so ziemlich das ganze Gebiet übernommen (§§ 157, 188).

b) Ob und inwieweit der Staat hierbei in die Selbstbetätigung des Einzelnen eingreifen darf, ist gleichfalls eine Sache geschichtlicher Bedingtheit. Die Lehre der Menschenrechte ist eine Lehre bestimmter Kulturstufen, nicht eine Lehre des ewigen Rechts (§ 143).

Erster Unterabschnitt

Rechts- und Friedensgang

I. Rechtsgang des bürgerlichen Rechts: Zivilprozeß

1. Staatliche Rechtsverwirklichung und Rechtsfeststellung. — a) Die Rechtsverwirklichung durch den Staat im Allgemeinen. — **§ 157.**

I. 1. Rechtsverwirklichung nur durch den Staat. 2. Berechtigung der Notwehr. II. Vorteile gegenüber der Selbsthilfe.

I. 1. Wie der Rechtsgang (Prozeß) aus der Friedensordnung hervorgewachsen ist, wurde früher (§ 66) ausgeführt. Die Rechtsverwirklichung steht nicht mehr dem Einzelnen zu, sondern nur dem Staat, und der Einzelne kann sich nur durch die Vermittlung des Staates zu seinem Rechte verhelfen — zu seinem Rechte auch gegen den Widerspruch der anderen: die Rechtshemmungen, welche durch die Natur hervorgerufen werden, gehören nicht hierher, ihre Überwältigung ist dem Einzelnen anheimgestellt, und nur nach den

[204]) Bezüglich der Staatsverwaltung verweise ich im übrigen auf die Einführung in die Rechtswissenschaft (5. Aufl.) S. 128 ff.

ganz verschiedenen Grundsätzen der Polizeiordnung kann der Einzelne deswegen die Hilfe des Staates anrufen; der Widerstreit einer anderen Person aber kann nur gerichtlich, mit Hilfe des Staates, überwunden werden.

2. Notwehr und Sachwehr aber, d. h. die Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff oder gegen eine feindselige Sachwirkung, ist kein Eingriff in die Friedensordnung, sondern ein Handeln zu ihrer Aufrechterhaltung; sie ist darum in den von der Rechtsordnung gegebenen Schranken gestattet [205]).

II. Die Rechtsverwirklichung durch den Staat vermeidet alle Unvollkommenheiten, die der Selbsthilfe anhaften.

1. Der Staat kann sich eine richtigere Erkenntnis des Rechts verschaffen, als der Einzelne, der zudem häufig verblendet und in seinem Eigenwahn befangen ist.

2. Der Staat ist immer der Stärkere, wenn es sich um die Überwindung des Einzelnen handelt, und es kommt nun nicht mehr darauf an, welche Partei die kräftigere oder schwächere ist: der Staat reicht dem Schwächsten den Arm und überwindet den Mächtigsten, wenn er im Unrecht ist.

3. Der Staat ist frei von der blinden Leidenschaft und kann sich vollkommen den Zwecken des Rechts widmen; während der Einzelne infolge seiner leidenschaftlichen Absichten hundertfach dem Rechte entgegenhandelt, so wird der Staat in jedem einzelnen Falle das Bestreben in sich tragen, das Recht und nur das Recht zu verwirklichen.

b) Entstehung der staatlichen Rechtsfeststellung. — α) Allgemeines. — **§ 158.**

I. Rechtsverwirklichung auf Grund von Behauptungen einer Schiedsautorität oder des Staates. II. Feststellung zur Behebung der Unsicherheit. III. Zwang zur Anerkennung der staatlichen Entscheidung. IV. Verschiebung des Rechts durch die Entscheidung. V. Gültigkeit auch der unrichtigen Entscheidung.

I. Der Verwirklichungsprozeß zeitigt noch weitere Kulturerscheinungen. Schon bei der Verwirklichung wird der Staat zu prüfen haben, wer recht hat; denn er wird nicht beliebig und blindlings zugreifen. Dies führt mit der Zeit zu einer anderen wichtigen Funktion, welche ausnahmsweise auch schon vor der staatlichen Rechtsverwirklichung zur Geltung kam, sobald die Parteien sich Schiedssprüchen unterwarfen und Schiedssprüche als maßgebend erklärten. Wenn der Staat oder eine Schiedsautorität behauptet, daß der A im Recht und der B im Unrecht sei, so wird

[205]) Lehrb. des bürgerl. R., Allgemeiner Teil S. 207 f.

dies zunächst zur Folge haben, daß sich hiernach die Rechtsverwirklichung gestaltet.

II. Wie aber, wenn die Frage von neuem aufgeworfen wird? Hier besteht ein Übelstand, der am Herzen der Kultur nagt und die wirtschaftlichen Bestrebungen aufzulösen droht, nämlich die Unsicherheit der Rechtsverhältnisse: denn nicht nur die Unvollkommenheit der Rechtsverwirklichung ist es, welche der Menschheit hemmend im Wege steht, sondern auch die Unsicherheit des Rechtszustandes. Wer im Rechtsverkehr handeln will, muß auf eine sichere Grundlage bauen können und insbesondere in bezug auf das Eigentum klar sehen; ergeben sich dabei Schwierigkeiten und Uneinigkeiten, so muß ein Mittel vorhanden sein, diese auszugleichen, und zwar in der Art, daß man ein für allemal weiß, was Rechtens ist. Der Prozeß, der an und für sich schon dahin strebt, das Recht und Unrecht zu ermitteln, wird sich allmählich des Mittels der Feststellung bemächtigen, um auch diesem Bedürfnis zu entsprechen; nicht sofort, denn lange Zeit wird die Rechtsordnung sich auf die Rechtsverwirklichung beschränken und die Rechtsprüfung nur als Mittel der Rechtsverwirklichung vornehmen.

III. Allerdings ist man schon auf diesem Standpunkte vielfach bestrebt, das weitere Ziel zu erreichen; man sucht die Sicherheit dadurch herbeizuführen, daß man die Parteien nach erfolgter Entscheidung zwingt, diese Entscheidung durch ausdrücklichen Rechtsakt anzuerkennen und sich durch rechtsbindende Erklärung ihr zu unterwerfen; so im altgermanischen Recht.

IV. Von hier ist es aber nur ein Schritt zu der weiteren Auffassung: die staatliche Entscheidung ist bindend und maßgebend, nicht nur für die Rechtsverwirklichungstätigkeit, sondern überhaupt: sie kann nicht mehr in Frage gestellt werden. Dies geschieht durch folgendes rechtliches Kunstmittel: Die öffentliche Autorität des Staates ist mächtiger als das Privatrecht; der Staat kann nicht nur Rechte verwirklichen, sondern auch Rechte schaffen. Gibt man dem Staat Gesetzgebungsgewalt, so muß man ihm auch die Gewalt geben, im einzelnen Falle durch seine Organe kraft Machtspruchs das Recht zu verschieben: der Staat gibt dem Richter den Schlüssel des Rechts; dieser kann das Recht binden und lösen.

V. Damit ist endlich die Unsicherheit der Zustände beseitigt, und man weiß nun, was Rechtens ist: denn, mag die Entscheidung richtig sein oder nicht, so besteht nun dasjenige, was die Entscheidung besagt; entweder ist sie richtig, dann ist ja ohne Weiteres schon Alles in Ordnung, oder die Entscheidung ist unrichtig, dann tritt eine entsprechende Verschiebung des Rechts ein. Dies mag wiederum als Unvoll-

kommenheit erscheinen; denn es ist eine klägliche Sache, daß infolge richterlichen Irrtums jemand sein bestes Recht verliert, oder daß z. B. jemand, der einem Anderen nicht das Geringste schuldet, auf einmal durch richterlichen Irrtum zu dessen Schuldner von 100 000 Mark gemacht wird; allein für diese einzelnen Unzuträglichkeiten wird das kostbare Gut der Rechtssicherheit eingetauscht, und dieses ist so viel wert, daß die unvermeidlichen Mißstände in Kauf genommen werden müssen. Mit der Ermöglichung der Rechtssicherheit ist die menschliche Kultur ein gutes Stück emporgerückt.

β) Restitution und Instanzenzug — **§ 159.**

I. Restitution. II. Instanzenzug.

I. Der Grundsatz der endgültigen Rechtsfeststellung ist unentbehrlich; allein er kann bestehen, auch wenn einzelne Abweichungen hineinragen, sofern das Gebiet dieser Ausnahmen so klar umschlossen und umrissen ist, daß dadurch die Regel nicht in Frage gestellt wird. Gibt es doch eine Reihe von Fällen, in welchen das materielle Recht sich gegen die Vergewaltigung der Prozeßfeststellung so sehr aufbäumt, daß ein Abgehen von der Regel als geboten erscheint. So insbesondere, wenn im Feststellungsverfahren schwere Täuschungen des Richters vorgekommen sind, oder wenn dem Prozeß wesentliche Unvollständigkeiten aufgenötigt wurden: namentlich, wenn die Entscheidung durch ein Verbrechen, wie Fälschung oder Falscheid, bestimmt wurde, oder wenn der Prozeß gar nicht vollständig sein konnte, weil es unmöglich war, eine Reihe von Beweismitteln herbeizuschaffen. Man spricht hier von Restitution und hat diese in verschiedener Weise in unseren Kulturrechten durchgeführt. Die Folge ist, daß eine Überwindung der rechtskräftigen Prozeßentscheidung eintritt und die Möglichkeit eröffnet wird, eine andere an ihre Stelle zu setzen.

II. Im übrigen verlangt die Kultur nur, daß schließlich eine Rechtssicherheit entsteht, sie verlangt aber nicht, daß solche auf den ersten Wurf hin erfolgt. Hier hat sich nun das Institut der Instanzen entwickelt, also die Möglichkeit, auf die Entscheidung des einen Gerichts hin eine zweite oder dritte Entscheidung zu erlangen, so daß die frühere Entscheidung aufgelöst werden kann, und eine andere an ihre Stelle tritt.

Die Art, wie sich diese Instanzordnung ausgebildet hat, ist sehr verschiedenfach und beruht auf mannigfaltigen rechtsgeschichtlichen Motiven, die anderwärts darzulegen sind. Ein sehr wesentlicher Faktor ist das Häuptlingtum und die vom Häuptling aufgestellte Hierarchie der Gewalten gewesen. Womöglich wollte der Häuptling das letzte Wort haben, und es mußte seinem Machtbewußtsein und Machtbedürfnis schmeicheln, wenn es ihm gelang, die Rechtspflege auf solche Weise zu zentralisieren (§ 146 f.). Das rechtliche

Konstruktivmittel der Instanzordnung aber besteht darin, daß das Urteil zunächst unter einer auflösenden Bedingung gesprochen wird: die Auflösung tritt ein, sobald eine höhere Instanz anders entscheidet.

c) Bekämpfung der Verzögerung als Hauptnachteils der staatlichen Rechtsverwirklichung. — **§ 160.**

I. Allgemeines. II. Mittel vor Beendigung der Rechtsfeststellung im heutigen Prozeß: 1. Vorläufig vollstreckbares Urteil. 2. Arrest und einstweilige Verfügung. 3. Vollstreckbare Urkunde. III. Mittel nach der Rechtsfeststellung. 1. Der Richter gibt die Wendung, als sei das Urteil bei Prozeßbeginn gesprochen. 2. Prozeßzinsen. 3. Früchteersatz. IV. Schlußbetrachtung.

I. 1. Der Prozeß als Rechtsverwirklichung hat allerdings auch seine Unvollkommenheiten und seine Nachteile. Der Hauptnachteil besteht in der unvermeidlichen Verzögerung; statt daß man sein Recht ohne weiteres verwirklichen kann, muß man den Umweg wählen und sich an den Staat wenden; die richterliche Prüfung aber kann längere Zeit in Anspruch nehmen: anstatt der schleunigen Rechtsverfolgung eine langsame Rechtsverwirklichung, welche oftmals der Rechtsverweigerung fast gleich steht.

Welche Vorteile bietet die Aussicht auf eine richtige Entscheidung und auf spätere mächtige Verwirklichungsmaßnahmen, wenn ich Monate und Jahre hinausgezögert werde, bis zu einer Zeit, wo die Verwirklichung mehr nur eine theoretische bleibt, und der Beklagte so weit herabgesunken ist, daß von ihm nichts mehr zu holen ist?

II. 1. Der gemeine Zivilprozeß lehnte die Rechtsverwirklichung an die Rechtsfeststellung an, so daß man zuerst mit der Rechtsfeststellung fertig sein mußte und dann erst zur Rechtsverwirklichung schritt.

2. Gegen diesen Mißstand kämpft unser heutiges Prozeßrecht. Man sucht den anscheinend unlöslichen Widerspruch, daß auf der einen Seite die Rechtsverwirklichung schnell und ungehemmt vor sich gehen soll und daß auf der anderen Seite der richtigen Entscheidung eine gründliche Untersuchung vorhergehen muß, zu lösen. Der große Fortschritt des heutigen Prozesses, der allerdings schon in früheren Zeiten seine Vorgänger hatte, besteht nun darin, daß man Rechtsverwirklichung und Rechtsfeststellung trennt und oftmals zur Rechtsverwirklichung schreitet, bevor die maßgebende Rechtsfeststellung beendigt ist: dies geschieht

a) durch das Mittel des vorläufig vollstreckbaren Urteils, indem das Urteil auch vor der Rechtskraft zwangsweise zur Verwirklichung gebracht werden kann. Solches hat nun allerdings den Nachteil, daß mitunter die Rechtsverwirklichung in die Irre geht und zu Ergebnissen gelangt, die mit dem wahren Rechte und mit der künftigen Feststellung in Widerspruch stehen; allein

dieser allerdings bedeutungsvolle Mißstand muß in Kauf genommen werden gegen den großen Vorteil, daß der Kläger auf Grund von Wahrscheinlichkeitsergebnissen alsbald zum Ziele gelangt, vorbehaltlich künftiger Ausgleichung. Es geschieht

b) durch schleunige Prozeßformen: Arrest, einstweilige Verfügung;

c) namentlich aber durch die vollstreckbare Urkunde: der Schuldner erklärt seine Schuld in zweifelloser Urkunde, und der Gläubiger erlangt die Befugnis, auf Grund der Urkunde die Schuld einzutreiben — einstweilen, vorbehaltlich künftiger Ausgleichung [206].

III. 1. Wo immer aber der Kläger unter der unvermeidlichen Verzögerung zu leiden hat, sucht man eine Klärung in folgender Weise herbeizuführen: Wird der Beklagte schließlich verurteilt, so wird er so verurteilt, wie wenn die Verurteilung bereits bei Prozeßbeginn erfolgt wäre und man daraufhin den zu leistenden Gegenstand noch leihweise bei ihm belassen hätte. Eine nicht zutreffende Fassung des Gedankens wäre es allerdings, wenn man sagte, der urteilende Richter müsse sich in den Stand versetzen, als ob er das Urteil im Augenblick des Prozeßbeginns gefällt hätte [207]); danach müßte z. B. der Beklagte verurteilt werden, auch wenn die Sache im Laufe des Prozesses durch Zufall untergegangen wäre. Die richtige Fassung ist vielmehr die: der Richter hat zwar zu urteilen nach dem Stande der Sache im Augenblick des Urteils, er hat aber dann der Sache die Wendung zu geben, wie wenn dieses Urteil bereits im Augenblick des Prozeßbeginns gesprochen worden wäre, und der Beklagte in der Zwischenzeit als Hüter und Verwalter der klägerischen Interessen gewirkt hätte.

2. Wenn also z. B. nach einem halben Jahr der Beklagte zu tausend Mark verurteilt wird, so ist dies so zu betrachten, wie wenn er sofort verurteilt worden wäre, und ihm die Summe kreditweise verblieb: man hätte sie ihm allerdings nicht zinslos gelassen, und daraus ergibt sich die Notwendigkeit der Prozeßzinsen.

3. In gleicher Weise ist es zu behandeln, wenn der Beklagte nach einem halben Jahre verurteilt wird, eine Sache herauszugeben: er wird so angesehen, wie wenn er schon beim Prozeßbeginn verurteilt worden wäre, und man ihm die Sache überlassen hätte, um sie für den Kläger zu verwalten; daraus ergibt sich die Pflicht des Früchteersatzes und die Pflicht, die Streitsache mit Sorgfalt zu behandeln.

---

[206]) Vgl. über die „Vollstreckungsurkunde als Verkehrsmittel" Arch. f. Rechtsph. X S. 386 ff., XI S. 145 ff.

[207]) Dies war eine Fassung, die das Röm. Recht eine Zeitlang angenommen hat. Das Röm. Recht hat hier wie oft an dem Richtigen herumgetastet.

IV. Auf solche Weise kann natürlich nie etwas absolut Vollkommenes entstehen; allein die Rechtspolitik wie die Politik überhaupt ist die Kunst des Möglichen, die Kunst, dasjenige zu erreichen, was unter der Unvollkommenheit menschlicher Verhältnisse erreicht werden kann und am besten den idealen Zielen entspricht.

2. Gottesprozeß und Vernunftprozeß: a) Gottesprozeß. — § 161.

I. Einfluß des Priestertums. II. Gottesbeweis. 1. Gottesprobe. 2. Auguration. 3. Einzelne Proben. 4. Einfluß vernünftiger Elemente. 5. Opfer des Einzelnen für die Gesamtheit.

I. 1. Die Friedensordnung wird hauptsächlich befördert durch den Kult der Gottheit. Die Gottheit ist vielfach Friedensgottheit, sie widersteht der Gewalt und haßt Streit und Zank. So kommt es, daß die Bestrebungen nach einer gewaltlosen Erledigung der Rechtsansprüche und Rechtsstreitigkeiten sich um den Gottesdienst scharen und daß das Prozeßrecht zuerst ein göttliches und priesterliches ist, bevor es ein weltliches wird. Die weitere Darlegung gehört der Universalgeschichte des Rechtes an; hier ist jedoch die Rolle, welche der Kult bei der Entwickelung des Prozesses ausgeübt hat, zu kennzeichnen.

2. Schon auf dem Stande der reinen Rechtsordnung erlangt das Priestertum ein großes Ansehen; denn auch das Recht ist nicht ein menschliches, sondern ein göttliches Recht. Die Gestaltung des Rechts ist eine Gestaltung der Verhältnisse, wie sie der Gottheit gemäß und angemessen ist, und die Rechtsausübung entspricht dem göttlichen Willen. Daher wird das Recht vorzüglich in der Priesterschaft gestaltet, und die Priester trachten danach, den göttlichen Willen nach allen Seiten darzustellen.

3. Noch mehr aber wird ihre Tätigkeit hervortreten, wenn die Friedensordnung entsteht, und wenn es sich darum handelt, der Eigenrechtsübung entgegenzutreten. Hier wird man vorzüglich die Priesterschaft anrufen, wenn es gilt, Schiedsgerichte einzusetzen: denn sie sind die besten Kenner des Rechts. Aber auch noch ein anderer Grund wird hinzutreten: die Priesterschaft ist die Trägerin der höchsten Macht; denn sie hat die Möglichkeit, den Einzelnen, der widerstrebt, zu verfluchen und auszustoßen; das ist ein Zwang, der über allen anderen Zwangsmitteln steht und bis ins Jenseits hineinreicht. Darum wird natürlich auch eine Intervention der Priesterschaft, wenn Zank und Streit entsteht, ganz besonders angezeigt sein, und die Rechtsfragen werden ihr mehr und mehr zur Lösung zufallen, sowohl wenn es sich um Rechtsverwirklichung handelt, als auch wenn die Rechtsfeststellung in Frage kommt.

II. 1. Dazu tritt etwas Weiteres. Der Mensch jener Zeiten glaubt an eine ständige Einzelbetätigung und Einzelbeteiligung der Gottheit; er nimmt an, daß die göttlichen Mächte den Unschuldigen

nicht im Stich lassen, daß sie es nicht erlauben, daß das Unrecht triumphiert. Er glaubt daher sicher, daß die Frage von Recht und Unrecht durch göttliche Einwirkung unbedingt und mit zweifelloser Sicherheit gelöst wird, so daß alle Ungewißheit schwindet, und man sich beugt vor der unfehlbaren göttlichen Entscheidung. Dies verstärkt natürlich den priesterlichen Prozeß; denn gerade das Priestertum vermittelt die Beziehung zum Göttlichen und ruft die Gottheit herbei, um die himmlische Entscheidung kundzugeben. So entsteht dasjenige, was man Gottesprobe nennt[208]).

2. Die Gottesprobe steht nicht einzig da: auch sonst ist die Priesterschaft die Vermittlerin, um die Gottheit zu hören, wo man ihrer zu bedürfen glaubt; man sucht namentlich in wichtigen Staatsangelegenheiten, wenn verantwortungsvolle Beschlüsse zu fassen sind, bei der Gottheit Erleuchtung, und man nimmt an, daß die göttliche Hilfe uns die Zukunft enthüllen kann. So entsteht die Auguration, d. h. die Gesamtheit der Hilfsmittel, wodurch man das Geheimnis der Zukunft zu entschleiern vermeint; was nicht bei allen Völkern in gleichem Maße hervortritt, aber beispielsweise bei den sterndeutenden Babyloniern, bei den Etruskern und im Gefolge dessen bei den Römern, aber auch bei den Chinesen in hohem Maße der Fall war. Wie man auf solche Weise die Zukunft erspähte, so erspähte man auch Gegenwart und Vergangenheit: die Gottheit sagte, was Rechtens ist, sie gab die Umstände kund, welche für das Recht maßgebend waren, namentlich erfuhr man von ihr, wer eine schlimme Tat begangen habe und wem ein Verbrechen zur Last falle.

3. So erwuchs die Fülle der Gottesproben: es waren erstens solche, welche mit der Auguration in nächster Verbindung standen, wie das Losurteil oder wie die Seherschau, indem der Priester den Täter irgendwie wahrzunehmen vermeinte. Es war zweitens die Bahrprobe, welche mit dem Totenkultus zusammenhing, indem man annahm, daß der Erschlagene den Mörder kundgebe, was im Leben der Völker in den verschiedensten Weisen vorkommt: die Wunden bluten, wenn der Täter in die Nähe tritt, die Träger des Leichnams starren, sobald sie des Täters ansichtig werden, usw. Es entstanden drittens die Gottesurteile, bei denen der Angeklagte oder auch der Ankläger oder beide mit irgendeinem Naturgegenstand in Verbindung gesetzt werden, so daß durch das Verhalten dieses vergöttlichten Naturwesens Schuld oder Unschuld enthüllt wird; so das Feuerordal, das Wasserordal und unzählige andere.

4. Man würde allem diesem nicht gerecht, wenn man hier überall Lug und Trug oder bloßen Zufall annähme. Von einer absichtlichen Täuschung kann erst dann die Rede sein, wenn diese Institute stark in Verfall geraten sind und sich das Priestertum in vollem Niedergange befindet. Aber auch die Einwirkung des Zufalls hat ihre Grenzen; denn vielfach werden ver-

[208]) Orientalisches Recht, S. 43 f.; Enzyklop., 2. Aufl., I, S. 59 f.

nünftige Elemente mitspielen: das Schuld- und Unschuldbewußtsein tritt bei diesen Proben stark zutage, die seelischen Regungen des Bezichtigten angesichts der vergöttlichten Naturdinge kommen mehr oder minder mächtig zur Geltung.

Auch was die Seherschau und den Totenkult betrifft, so werden meist die vernünftigen Motive, welche zur Überzeugung von der Schuld des Einen oder Anderen führen, den Priester oder die Totenträger so überwältigen, daß die Kulterscheinungen gerade dann hervortreten, wenn die Erwägung des Sachverhaltens ihnen den Einen oder Anderen als schuldig erscheinen lassen; es ist eine bekannte seelische Erfahrung, daß solche Überzeugungen unter der Schwelle des Bewußtseins auf unsere Phantasie wirken und wir oftmals ganz erfüllt sind von rationellen Ideen, welche unbewußt in uns erwachsen.

5. Aber auch sofern man annehmen müßte, daß der Zufall mitspielte (und das wird wohl oft der Fall gewesen sein), ist doch in Betracht zu ziehen, daß das Opfer des Einzelnen den Frieden der Gesellschaft sicherte; denn die Überzeugung von der Richtigkeit des Gottesurteils war so groß, daß selbst der Unschuldige wähnte, schuldig zu sein, und etwa die Ansicht hatte, durch irgend welchen bösen Zauber jemanden ermordet oder die Mordgeister auf sich gelenkt zu haben.

Ein solches Opfer des Einzelnen verlangt die Weltgeschichte oft: der eherne Schritt der Entwickelung stampft Tausende zu Boden. Das ist eine furchtbare Erscheinung, die wir im Laufe der Kulturentwickelung möglichst zu mäßigen und zu lindern haben. Aber wir müssen auch hier den Gang göttlichen Waltens einfach hinnehmen im Bewußtsein, daß auf solche Weise der Fortschritt der Welt sich vollzieht, und können uns bescheiden, daß auch der heutige Strafprozeß Tausende unschuldiger Opfer verlangt; denn auch unsere Beweis- und Überführungsmittel sind vielfach trügerisch.

b) Vernunftprozeß. Ausläufer des Gottesprozesses. Scheidung des Prozesses. — § 162.

I. Fortschreiten zum Vernunftprozeß. II. Ausläufer des Gottesbeweisverfahrens. 1. Eid. 2. Folter. III. Scheidung in Zivil- und Strafprozeß.

I. Der Prozeß muß die Stufe überwinden und zum Vernunftprozesse werden, sobald die Menschheit nicht mehr an die Grundlage des bisherigen Verfahrens glaubt, also nicht mehr annimmt, daß die Gottheit sich in der Weltregierung für jeden Einzelnen verwendet und ihm ein gutes oder böses Zeugnis ausstellt. Hört dieser Glaube auf, so muß der ganze Prozeß andere Bahnen verfolgen. Dies setzt ein leidenschaftsloses logisches und regelrecht fortschreitendes Denken (§ 14) voraus, das allerdings durch eine glückliche praktische Intuition und durch gesundes Gefühl unterstützt werden kann.

II. Bis man so weit ist, wird das Gottesbeweisverfahren noch in manchen Ausläufern fortleben: bis in die Gegenwart hinein.

1. Ein solcher Ausläufer ist der Eid, der nichts anderes ist, als eine Selbstverfluchung, welche auf den Ungerechten den Fluch der Gottheit herablenkt.

Diese Einrichtung kann sich länger erhalten; denn wenn man auch nicht mehr annimmt, daß der Gottheit Fluch durch Menschenwillen und Menschenkunst beliebig herbeigeführt werden kann, so steht doch der Glaube, daß man mit Anrufung der Gottheit sich selbst unter ihre strafende Allmacht begibt, auch dem modernen Menschen nicht ferne.

2. Dann hat sich aus dem Gottesurteil noch eine sehr üble Folge herausgerungen, nämlich die Folter, eine der schlimmsten Einrichtungen, welche der Menschengeist in seiner Verirrung gezeitigt hat.

Der Gedanke war zunächst der: ebenso wie das Gottesurteil den Unschuldigen unberührt läßt, ebenso wird der Unschuldige die Martern der Folter ertragen können, ohne daß er unterliegt. Als aber diese Idee allmählich zerbrach, so blieb die Folter doch noch übrig als Mittel, um irgendeine Aussage zu erzwingen, die man zu benötigen glaubte, sei es nun ein Geständnis, sei es die Angabe, wo Schätze begraben sind, sei es die Bezeichnung der Mittäter und Gehilfen. Auch dieses in die Menschheit hineinwühlende Institut mußte überwunden werden, bis der heutige Prozeß entstehen konnte.

III. Im heutigen Prozeß tritt aber vor allem die tief eingreifende Scheidung ein zwischen Zivil- und Strafprozeß (§ 188). Die alte Zeit hatte von diesem Unterschied keinen Begriff. Jeder, der sich beschwert fühlte, trat eben vor den Richter, sei es, daß er die Bestrafung erwirken wollte, sei es, daß er sein Eigentum zurückverlangte oder sonst in irgendeiner anderen Weise die Ausgleichung einer Unstimmigkeit begehrte. Erst allmählich, nachdem der Staat die Strafidee richtig erfaßt hatte, kam man zur Erkenntnis des großen Unterschiedes: ob der Staat im Namen der Gesellschaft gegen den Übeltäter vorgeht, oder ob er es dem Einzelnen ermöglicht, sein Recht zur Feststellung und zur Verwirklichung zu bringen.

3. Juristengerichte und Volksgerichte. — **§ 163.**

I. Priester-, Häuptlings-, Volksgerichte. II. Juristen- und Volksrecht. III. 1. Vorteile und Nachteile. 2. Heutige Auffassung.

I. Die Gerichte sind ursprünglich entweder Priestergerichte oder Häuptlingsgerichte oder Volksgerichte.

1. Die Priestergerichte werden einen Anlauf nach wissenschaftlicher Gestaltung nehmen, und es ist kein Zufall, daß die Rechtslehre sich zunächst hauptsächlich in den Priesterkollegien entwickelt hat (§ 61).

2. Die Häuptlingsgerichte werden mitunter den Priestergerichten nachahmen und vielleicht an Rechtsbildung mit ihnen wetteifern [209].

[209]) Vgl. Melchior de Valentia (17. Jhdt.) über den König als Richter (tract. II 2, 5 nr. 3): Cum salutem reipublicae tueri nulli magis conveniat nec alius sufficiat ei rei quam princeps . . . . proprium ipsius et peculiare officium est, inter subditos jus dicere et controversiis finem imponere rerumque judicatarum firmitatem stabilire . . . . Qua propter jus dixisse et subditorum controversias reges judicasse, apud Romanos et alias personas legimus.

3. Die Volksgerichte dagegen werden stets einen bestimmten Grad von Volkstümlichkeit wahren, und ihre Rechtsprechung wird eine mehr oder minder naive sein, hervorgehend aus dem Innern der rechtsübenden Bevölkerung, ohne tiefere Durcharbeitung und in mehr unbewußter als grundsätzlicher Weise. Nichtsdestoweniger haben auch solche Gerichte oft einen Aufschwung genommen, indem gewisse Personen als besonders kundig hervortraten: man denke an das Gesetzessprecheramt im skandinavischen Rechte. Mitunter ist auch die Volksgerichtsbarkeit übergegangen in eine Gerichtsbarkeit solcher Leute aus dem Volke, die als besonders gesetzeskundig galten: so wurde das Volksgericht zum Schöffengericht.

II. Mit dem Entstehen der Priester- und Häuptlingsgerichte, im Gegensatz zu den Volksgerichten, entwickelte sich das Juristenrecht gegenüber dem Volksrecht. Beide Rechte gehören dem Gewohnheitsrechte an, nur daß das Juristenrecht die Probleme mit dem logisch geschulten Verstand, das Schöffenrecht aber mit der instinktiven Weltanschauung erfaßt.

III. 1. Welches dieser Gerichte das bessere ist, wird wiederum von den Kulturverhältnissen abhängen. Beide haben ihre Vorteile und ihre Schattenseiten. Das Juristenrecht hat eine begreifliche Neigung zu einer übertriebenen Logik und zu einer ungesunden Überspannung der Feinheiten des Denkens, sowie zu unfruchtbarem Deuten und Deuteln. Das Volksrecht dagegen kommt in Gefahr, den festen Halt zu verlieren und in Scheinhaftigkeiten, Oberflächlichkeiten, Halbheiten das Heil zu suchen; es kommt auch in Gefahr, sich in Zufälligkeiten zu zersplittern und zu einem Spielball der augenblicklichen Stimmungen und Leidenschaften zu werden.

2. Mit Recht zielt man heutzutage dahin, Juristen- und Volksgerichte zugleich einzurichten und vor die Volksgerichte insbesondere die Streitigkeiten der Stände untereinander zu bringen und damit die Klassengegensätze zu versöhnen. Angelegenheiten, bei denen mehr die logische Schulung als die Lebensbetrachtung zur Geltung kommt, eignen sich für die Juristengerichte und nur für diese. Eine eigenartige Verbindung hat man in den Handelsgerichten versucht.

4. Philosophie des Zivilprozesses. a) Bedeutung, Mittel des Zivilprozesses. Verhandlungsmaxime. — § 164.

I. Bedeutung, Mittel des Zivilprozesses. II. Verhandlungsmaxime.

I. Die Philosophie des Zivilprozesses muß ins Auge fassen, daß er ein Verfahren ist zur Ermittlung der Wahrheit und zur Verwirklichung des Rechtes. Er muß daher alle Mittel

zu Gebote stellen, welche der Erforschung der Wahrheit dienen; allerdings soll der Prozeß nur das Recht verwirklichen, das der Kläger verwirklicht haben will, allerdings kann der Beklagte nachgeben und ein nicht vorhandenes Recht anerkennen. Allein dies will nicht heißen, daß die Parteien über die Tätigkeit des Richters ein Verfügungsrecht haben; es will nur heißen, daß der Richter an die Schranken desjenigen Rechtes gebunden ist, dessen Verwirklichung der Kläger will; es will ferner heißen, daß die Schuldanerkennung des Beklagten einen neuen Rechtsboden schaffen kann, so daß über das alte Recht nicht mehr gestritten zu werden braucht. Dagegen hat innerhalb dieser Leitsätze der Richter die volle Wahrheit zu ermitteln, und irgendwelche Beschränkungen seiner freien Prüfung sind völlig sachwidrig und auch im großen und ganzen des Richterstandes unwert [210]).

II. Wenn nichtsdestoweniger in gewissen Beziehungen der Richter von den Parteien abhängig ist, so ist dies die Folge menschlicher Verhältnisse, die getragen werden muß, die aber nicht über das unmittelbar Nötige hinausgespannt werden darf. So wird es insbesondere zweckmäßig sein, wenn mindestens in Vermögenssachen der Richter der übereinstimmenden Erklärung der Parteien über Tatsachen folgt: dieses und alles, was man seit den Naturrechtlern des 19. Jahrhunderts mit Verhandlungsmaxime bezeichnet [211]), gehört der Nützlichkeitslehre an. Es hängt damit zusammen, daß der Richter in bürgerlichen Angelegenheiten wenig Möglichkeiten hat, über die Parteien hinaus zur Wahrheit zu gelangen; daß aber der Richter auch Zeugen ohne die Parteien laden und vernehmen darf, ist ein Erfordernis, dem unter allen Umständen stattzugeben ist.

b) Klagebefugnis als Ausfluß des Persönlichkeitsrechts. — § 165.

I. Allgemeines. II. Kein Rechtsschutzanspruch. III. Kein Anspruch auf staatliche Tätigkeit.

I. Sodann verlangt die Philosophie des Prozesses, daß einem jeden die Möglichkeit gegeben werde, den Richter anzurufen und dadurch das Rechtsverhältnis des Prozesses zu erzeugen: ein jeder muß zur Klage befugt sein; denn die Frage, ob er recht oder unrecht hat, soll ja erst im Laufe des Prozesses entschieden werden.

II. Der Rechtsschutzanspruch in dem Sinne, als ob derjenige, der mit Recht klagt, eine andere prozessuale Stellung

---

[210]) So schon vor vielen Jahren meine Schrift: Prozeß als Rechtsverhältnis (1888). Meine Ideen sind großenteils verwirklicht worden in der österreichischen und ungarischen Zivilprozeßordnung.

[211]) Arch. f. Rechtsph. I, S. 503 f.

hätte, als wer mit Unrecht prozessiert, ist ein Unding. Vielmehr ist zu sagen: die Befugnis, die jedem zusteht, eine Klage zu erheben, ist ein Ausfluß des Persönlichkeitsrechtes; in der Klage ist es die Persönlichkeit, die sich zur Geltung bringt (§ 67)[212]. Dieses Persönlichkeitsrecht bewirkt es, daß kraft der Klageerhebung ein Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und dem Beklagten entsteht, nämlich das Rechtsverhältnis des Zivilprozesses, dem sich der Beklagte nicht entziehen kann.

III. Ist der Prozeß in Gang gesetzt, so hat die staatliche Behörde dementsprechend zu handeln, weil die Rechtspflege eine wichtige staatliche Funktion ist. Man hat von einem Anspruch der Parteien auf staatliche Tätigkeit gesprochen — eine völlige Verkehrung des Anspruchsbegriffs (§ 56). Es besteht lediglich und allein das Persönlichkeitsrecht einer jeden in- und ausländischen Persönlichkeit, und es besteht der öffentliche Satz, daß ein Kulturstaat als Kulturstaat zur Verwirklichung des Rechts tätig sein muß.

c) Grundgedanken der Gestaltung des Zivilprozesses. — **§ 166.**

I. Allgemeines. II. 1. Teilung oder 2. Einheit. III. Partei- und Untersuchungsprozeß. IV. Gestaltung des Parteiprozesses. 1. Beiderseitige Mitwirkung. 2. Ausbleiben als Erklärung, besiegt zu sein. 3. Bei Ausbleiben keine Gegenangriffe.

I. Die Gestaltung des Prozesses ist hauptsächlich auf Zweckmäßigkeit gestellt. Doch lassen sich auch hier gewisse Grundgedanken darlegen, die im Rechte unserer Völker wiederkehren.

II. 1. Es gilt die Frage, ob der Prozeß zerteilt oder als Einheit zu behandeln ist; ersteres in der Art, daß der Prozeß jeweils mit dem Termin aufhört und durch eine neue Anknüpfung wieder ins Leben gerufen werden muß, bis endlich das letzte Ziel erreicht ist. Dieser Gedanke führt dahin, daß von Urteil zu Urteil geschritten und so durch eine Reihe von Urteilen hindurch der Prozeß immer wieder geschlossen und neu eröffnet wird.

2. Im Gegensatz dazu steht die Behandlungsweise, welche den Prozeß als Einheit betrachtet, so daß die einzelnen Termine nur Teile eines großen Ganzen sind; die Folge ist, daß regelmäßig ein Urteil erst am Ende ergeht, in der Zwischenzeit aber nur Beschlüsse, die meistenteils von dem Gerichte abgeändert werden können; und daß es nur ausnahmsweise Urteile in der Mitte des Prozesses (Zwischenurteile) gibt, sofern es sich um Fragen handelt, an deren endgültiger Erledigung ein dringendes Interesse der Parteien besteht. Das heutige Recht drängt nach dieser zweiten Gestaltung hin, und diese ist auch von unserer Gesetzgebung angenommen worden.

---

[212]) Recht und Persönlichkeit, S. 28 f.

Sie hat den Vorteil, daß bei allen Prüfungen der Sachlage dem Richter stets der neueste Stand der Dinge zu Gebote steht, und er auf solche Weise von Prüfung zu Prüfung immer mehr zur Wahrheit heranreift, während er sonst durch frühere Urteile gebunden wird, und die bessere Erkenntnis ihm nicht mehr dienen kann. Sodann wird hierdurch die Prüfung mehr zusammengefaßt und durch Vereinheitlichung eine bessere Durcharbeitung ermöglicht.

III. Partei- und Untersuchungsprozeß sind zwei Pole in der Prozeßbehandlung: beim Parteiprozeß ist es ein geistiger Kampf zweier Personen, die einander entgegenwirken und in ihrem Streit ihre Gründe und Hilfsmittel zur Geltung bringen; beim Untersuchungsprozeß ist der Richter die allein ausschlaggebende Person, und die mitwirkenden Personen sind lediglich Beteiligte, die den Rechtsgang beeinflussen, aber ihn nicht beherrschen[213]). Beides hat seine Vorteile. Im Zivilprozeß wird regelmäßig das Parteiverfahren vorzuziehen sein, weil gerade zwei Personen mit verschiedenem Interesse durch ihr Entgegenwirken alles Sachdienliche am besten an die Oberfläche bringen werden. Unser Zivilprozeß ist meist Parteiprozeß, doch fehlt es auch nicht an einzelnen Fällen des Untersuchungsverfahrens.

Das Parteiverfahren hat die erhebliche Unbequemlichkeit, daß nur zwischen zwei Personen eine Entscheidung der Sache herbeigeführt wird, weshalb, wo immer eine Mehrheit von Personen beteiligt ist, das Untersuchungsverfahren sich als besonders zweckmäßig erweist. Eine Vermittlung beider Verfahrensweisen ist der Parteiprozeß mit einer Mehrheit von Personen auf der einen Parteiseite, wovon jede in den Prozeß einzuwirken vermag.

IV. 1. Die Gestaltung des Parteiprozesses kann von dem Grundsatze ausgehen, daß nur bei beiderseitiger Mitwirkung die Entscheidung erfolgen kann. Dies beruht auf dem Kampfprinzip, welches eine Zweiheit von Kämpfenden verlangt; denn auch wenn der Beklagte die Waffen sofort strecken will, so muß er doch anwesend sein, um dieses zu erklären. Viele Rechte gehen von diesem Gesichtspunkte aus, wobei sie es allerdings als heilige Bürgerpflicht erklären, im Prozeß zu erscheinen und sich dem Richter nicht zu entziehen.

2. An Stelle dieses tritt später das Andere: Der Prozeß bleibt zwar ein Kampf; allein wie der Beklagte die Waffen strecken kann, so kann er auch ausbleiben, und das Ausbleiben gilt als Erklärung, er sei besiegt und wolle besiegt sein.

3. Ein drittes System geht dahin: Wenn der Beklagte nicht erscheint, so streckt er nicht die Waffen, er erklärt sich nicht für besiegt, aber er setzt den Angriffen des Klägers keine Gegenangriffe entgegen[214]). Das letztere ist die Behandlung, die in

[213]) Vgl. Enzyklopädie 2. Aufl. III, S. 292 f.

[214]) Über die mannigfachen Varianten, die sich im Laufe der Zeiten herausgestellt haben, vgl. Z. f. HandelsR. 77, S. 303 f.

den meisten heutigen Kulturrechten vertreten ist: man wird auf solche Weise dem Kläger am besten gerecht, ohne dem Beklagten zu nahe zu treten und ohne sein Ausbleiben als ein volles Anerkenntnis zu deuten, was vielfach dem Sachverhalt nicht entspräche.

Andererseits ist es begreiflich, daß man in einem solchen Falle das Nichterscheinen des Beklagten möglichst zu Gunsten des Klägers auslegt; allerdings geht es zu weit, wenn man unter allen Umständen die Klagetatsachen als zugestanden betrachtet, wie es im Versäumnisverfahren unseres deutschen Zivilprozesses der Fall ist.

5. Vernunftbeweis. — **§ 167.**

I. Urkundenbeweis. II. Zeugenbeweis. Psychologie des Zeugnisses.

I. Nimmt man den Vernunftbeweis an (§ 162), dann muß dafür gesorgt werden, daß es an Beweismitteln nicht fehle. Eine große Entdeckung, welche den Prozeß wesentlich gefördert hat, ist die Urkunde, d. h. eine Einrichtung, um Gedanken- oder Willenserklärungen in unwandelbare Form zu bringen, sie gleichsam zu versteinern, so daß sie für alle Zeiten gesichert sind. Die Urkunde hat sich entwickelt mit der Schrift, als Unterstützung des Gedächtnisses, als Verbindungsglied des Lebensverkehrs für solche, die nicht persönlich miteinander verhandeln können, und schließlich als Mittel zur Festlegung des einmal Gesagten für künftigen Beweis. Allerdings ist die Urkunde infolgedessen nur für den Rechtsverkehr wesentlich, d. h. für den Verkehr, der vornehmlich nach der Absicht der Menschen geleitet wird; nicht dagegen für den Unrechtsverkehr, da, wer im Unrechtsverkehr lebt, im Gegenteil ein Interesse hat, die Spuren der Tat zu verwischen.

II. 1. Ein anderes Hilfsmittel ist das Zeugnis, das für den Rechts- wie für den Unrechtsverkehr bedeutungsvoll ist, da in beiden Fällen Wahrnehmungen gemacht werden, welche zur Festhaltung vergangener Ereignisse dienen. Beim Rechtsverkehr kommt das Zeugnis noch in besonderer Form in Betracht: ähnlich wie die Urkunde kann auch das Zeugnis als Festlegungsmittel verwendet werden, indem man gerade zu diesem Zwecke Zeugen zum Geschäft herbeizieht (Geschäftszeugen, testes rogati, im Gegensatz zu den Zufallszeugen).

Bei solchen lebenden Hilfsmitteln der Beurkundung ist es von größter Bedeutung, daß es Personen sind, welche in vollem Maße die Fähigkeit der Wahrnehmung besitzen, und ferner daß sie die Wahrnehmung festhalten können und bestrebt sind, die auf solche Weise festgehaltene Wahrnehmung richtig wiederzugeben.

2. Nach allen diesen Richtungen darf das Beweismittel nicht überschätzt werden, und insbesondere führt es zu vollen Ungerechtigkeiten, wenn man die Psychologie des Zeugnisses

nicht erfaßt und nicht weiß, wie unvollkommen die menschlichen Wahrnehmungen sind, wie sehr sich der Eindruck der Außenwelt im Innern verändert, so daß nicht selten die größten Unrichtigkeiten mit bestem Wissen und Gewissen behauptet und sogar beschworen werden. Hier ist oft in unsäglicher Weise gefehlt worden, und die Ungerechtigkeiten, die hier entstanden, sind nicht geringer, als die vielen Ungerechtigkeiten jener Zeiten, als man sich auf das Gottesurteil verließ (§ 161). Ebenso wie eine frühere Zeit sich aus dem Gottesurteil losgerungen hat, um zur Wahrheit und Eigenvernunft zu gelangen, ebenso muß man sich vor dem Kultus des Zeugnisses hüten und der Wahrheit durch feine psychologische Zergliederung der Aussage nahezukommen suchen. Das Zeugnis gibt nur einen Rohstoff, aus dem der Richter das Ergebnis herausarbeiten muß.

3. Anderseits hat das Zeugnis den toten Beweismitteln gegenüber den Vorzug, daß man die Zeugen zur Aufklärung heranziehen und durch Befragung zweifelhafter Punkte ihre Aussage aufhellen kann, was bei den toten Beweismitteln ausgeschlossen ist. Daher ist es bei den Zeugen besonders bedeutsam, daß die Parteien anwesend sein können und Erläuterungsfragen stellen dürfen, was der frühere Prozeß jahrhundertelang nicht gestattete.

6. Vollstreckung und Konkurs. a) Vollstreckung. — § 168.

I. Ohne oder mit Zutun des Beklagten. II. Ergreifung von Vermögen allein oder auch der Person.

I. 1. Die Rechtsverwirklichung strebt dahin, auch ohne Zutun des Beklagten den Erfolg herbeizuführen, den die Rechtsordnung will. Sie ist am besten gestaltet, wenn sie

a) möglichst fest und sicher wirkt,

b) in ihrem Walten das Recht des Klägers in all seiner Eigenart zu verwirklichen vermag,

c) zugleich aber human ist und den Menschen nicht dem Rechte aufopfert.

2. Es gibt Fälle, wo man der Mitwirkung des Beklagten nicht entraten kann: hier hilft sich die Rechtsordnung dadurch, daß sie auf seinen Willen einwirkt.

II. Ob die Vollstreckung nur das Vermögen[215]) ergreift oder auch die Person, ist geschichtlich verschieden und hängt mit dem System des Schuldrechts zusammen (§ 88). Bei uns überwiegt das Erstere, während lange Jahrhunderte das Zweite das Gewöhnliche und Durchschlagende war.

---

[215]) Die Eigenart der Vermögensverwertung (durch Hilfsmittel des richterlichen Pfandrechts) gehört der Rechtstechnik an.

b) Konkurs. — § 169.

I. Begriff. II. Beschlagrechts- statt Pfandrechtsprinzip. III. Grundsatz der geregelten genossenschaftlichen Selbsthilfe. Nachteile des staatlichen Beschlags. IV. Sorge für den Schuldner.

I. Der Konkurs ist eine Einrichtung der billigen Ausgleichung, wodurch die Härte des Zufalls gemildert wird, so daß die gleichwertigen Interessen eine möglichst gleiche Würdigung und Entwickelung im Rechte erfahren. Hier kommen namentlich zwei Gesichtspunkte in Betracht.

II. 1. Die Mehrheit von Gläubigern, welche gegen den Schuldner angriffsweise vorgeht, um ihre Befriedigung zu erlangen, wäre sonst auf den Weg der Einzelvollstreckung gewiesen. Diese Einzelvollstreckung hat ihren guten Sinn, solange das Vermögen ausreichend ist, so daß jeder Gläubiger seine volle Befriedigung erreichen kann, und es hat daher auch guten Sinn, wenn der deutsche Prozeß hier von dem Pfandrechtsystem (§ 94 f.) ausgeht und dem Erstpfändenden einen Vorzug gibt vor seinen Nachfolgern: denn jeder Gläubiger kann sich auf ein anderes Gut des Schuldners stürzen, um seine Befriedigung zu holen. Sobald aber die Vermögenslage sich so verschlechtert hat, daß eine vollständige Befriedigung nicht zu erwarten steht, führt dieses System zu dem üblen Ergebnis, daß der eine Gläubiger volle Deckung erlangt und der andere nichts, und ferner, daß hierbei nicht Gründe der Höher- und Minderwertigkeit entscheiden, sondern lediglich und allein der Zufall, daß, wer zuerst kommt, sich zuerst seine Befriedigung verschafft.

2. Daher ist es in solchen Fällen gerechtfertigt, daß nicht das System des zeitlichen Vorzugs, sondern das System der Gleichheitlichkeit gilt, und daß sämtliche Gläubiger einander gleich behandelt werden, so daß sie die Vorteile und Nachteile miteinander tragen, und wenn sich ein Verlust ergibt, hieran in gleicher Weise beteiligt werden, daß also nicht das Pfandrechts-, sondern das „Beschlagsrechtsprinzip“ herrscht.

III. 1. Ein zweiter Gesichtspunkt ist folgender: Die Vermögensgegenstände stehen gewöhnlich in so enger Beziehung zueinander, daß durch Loslösung und Vereinzelung ein bedeutender Schaden entsteht; denn es wird dann gerade der in der Zusammenpassung der Vermögensgegenstände zueinander liegende Vorzug wieder aufgehoben. Von Bedeutung ist daher Folgendes: Wenn doch das ganze Vermögen des Schuldners den Gläubigern dienen soll, so sucht man es in organisierter Weise zu verwerten, teils durch Verwaltung, teils durch Veräußerung des Gesamtvermögens oder einzelner Abteilungen, wodurch die Vorteile des Vermögenszusammenhanges gewahrt bleiben, so daß keine größeren Verluste entstehen, als durch die Sachlage notwendig geboten ist.

2. Dies führt natürlich zu einer genossenschaftlichen Gestaltung des Gläubigerverhältnisses; denn eine derartige Vermögensverwaltung und Verwertung setzt eine Einheitlichkeit in Entschluß und Handlung voraus, welche nur in einem geregelten Zusammenschluß und in einer einheitlichen Organisation der Gläubiger zu erzielen ist.

3. Übrigens ist allerdings statt der genossenschaftlichen Tätigkeit noch etwas Anderes möglich, nämlich der staatliche Beschlag und die staatliche Verwaltung und Verwertung, so daß die Gläubiger nur als Antragsteller auftreten, die gesamte Verwaltungstätigkeit aber vom Staate selber vollzogen wird. Auch diese Gestaltung des Konkurses findet im Rechte der Völker ihre Vertretung. Sie ist natürlich nicht unmöglich und kann ebenfalls zur Lösung führen; doch ist die erste Art vorzuziehen, weil die Gläubigerschaft mit mehr Sachkenntnis und größerem Sinn für das Leben in den Konkurs eintreten wird: es ist immer vorteilhafter, wenn diejenigen, die selber beteiligt sind, die Sache in die Hand nehmen, so daß die Tätigkeit des Staates sich auf eine Oberaufsicht beschränkt, die nötig ist, damit die Interessen Dritter nicht Not leiden.

4. Hiernach ist der Konkurs allerdings nicht mehr eine staatliche Vollstreckung, sondern eine Art geregelter Selbsthilfe, die aber unter so vielen Vorsichtsmaßregeln stattfindet, daß sie kein Bedenken findet.

IV. Neuere Bestrebungen sind dahin gerichtet, neben dem Rechte der Gläubiger die Sorge für die Persönlichkeit des Schuldners walten zu lassen. Man will nicht nur die Gläubiger möglichst befriedigen, sondern auch dem unschuldig verarmten Schuldner aufhelfen: die Einzelrechte der Gläubiger sollen sich der sozialen Fürsorge beugen. Daher die neueren Institute des Ausgleichsverfahrens, des Vergleichsverfahrens zur Abwendung des Konkurses u. a.

II. Rechtsgang des Verwaltungsrechts: Verwaltungsstreitverfahren.— § 170.

I. Auch die Frage, ob der Staat oder ein unter dem Staat stehendes Gemeinwesen nicht etwa in seiner Verwaltungstätigkeit die Schranken des Rechts überschritten hat, kann gerichtlich entschieden werden. Hier bestehen besondere Verwaltungsgerichte, deren Verfahrensweise von der der bürgerlichen Gerichte mehrfach verschieden ist[216]).

II. Auch eine Nichtbetätigung des Staates kann vor das Verwaltungsgericht kommen, sofern die Betätigung eine Pflicht war.

---

[216]) Das Einzelne gehört der Rechtstechnik an, Einf. in die Rechtsw., 5. Aufl., S. 173 ff.

III. Friedensgang: Freiwillige Gerichtsbarkeit. — § 171.

I. Als Friedensgang ist zu betrachten die Wirksamkeit des Staates zur Förderung der Einzelrechte und Einzelverhältnisse. Hier handelt es sich nicht um Schlichtung eines Kampfes, sondern um friedfertige Beihilfe bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften und der Entwickelung von Rechtsverhältnissen.

II. Der Staat bietet dazu seine Mitwirkung,

1. um den Beweis zu sichern,
2. um die Beteiligten bei ihren Rechtshandlungen aufzuklären,
3. um in bestimmtem Umfange zu prüfen, ob die Rechtshandlungen die Voraussetzungen der rechtlichen Wirksamkeit an sich tragen,
4. um eine Offenkundigkeit zu bewirken, welche bald mehr tatsächlicher Natur ist, bald eine doppelte Rechtsordnung darstellt (Erbschein, § 47), bald Bedingnis des Rechtserwerbes wird (Grundbuch, Patent),
5. um Organe oder Vertreter aufzustellen für solche Personen, welche nach bestimmten Rechtsgrundsätzen durch Organe oder Vertreter wirken müssen, z. B. Vormünder, Organe juristischer Personen.

III. Der Friedensgang heißt auch freiwillige Gerichtsbarkeit. Es gibt eine freiwillige Gerichtsbarkeit des bürgerlichen und des öffentlichen Rechts (z. B. Patenterteilung). Meist spricht man nur von der ersteren, aber mit Unrecht.

IV. Der Friedensgang hat sich nicht als Gesamtheit, sondern in einzelnen Anwendungsfällen entwickelt und ist erst neuerdings in ein System geschlossen worden [217]).

Zweiter Unterabschnitt

Strafrecht und Strafprozeß

I. Strafrecht

1. Wesen der Strafe. — § 172.

I. Einwirkung auf die Einzelpersönlichkeit durch Leidzufügung.
II. Leidzufügung als Erfordernis der Gerechtigkeit.

I. Strafe ist Sühne, Genugtuung, Vergeltung. Wer jemandem Widerrecht zufügt, der tut es in Überspannung seines

[217]) Das Einzelne gehört der Rechtstechnik an, Einf. i. d. Rechtsw., 5. Aufl., S. 179.

eigenpersönlichen Wesens, und diese Eigenpersönlichkeit muß zurückgedrängt werden, auf daß dem Täter in scharfer Weise kundgegeben wird, daß nicht sein Belieben die Welt regiert, sondern die Gerechtigkeit. Das Wesen der Strafe ist darum Einwirkung auf die Einzelpersönlichkeit, um das Einzelwesen in diejenigen Schranken zurückzuweisen, welche die Bedingtheit seines Daseins erheischt. Dies geschieht durch Zufügung von Leid; denn das Leid drängt den Menschen aus der Herrschaftssphäre in die Sphäre des Duldens [218]).

II. Das Erfordernis, dem Übeltäter Leid zuzufügen, ist ein Erfordernis der Gerechtigkeit, welche dem Einzelnen die Hoheit des Rechts kundzugeben hat. Der Täter wird nicht deswegen bestraft, weil er dem Einzelnen ein Übel zufügte, sondern weil er die ganze Gesellschaft geschädigt und das Gefühl der sozialen Gerechtigkeit verletzt hat.

Hier kommt nicht nur die unmittelbare Verletzung in Betracht, sondern die ganze sittliche Kränkung, welche die menschliche Gesellschaft durch Erschütterung des Rechts- und Kulturzustandes erlitt. Wenn daher in solchem Falle die Tat gesühnt und der Verbrecher gestraft wird, so geschieht es, um die Gerechtigkeit, welche Schaden gelitten hat, wieder zur vollständigen Reinheit zu erwecken, und zu diesem Zwecke, nicht zur Frönung der Racheleidenschaft, fügt man dem Täter ein Leid zu.

2. Geschichte des Strafrechts. — a) Periode der Blutrache und der Geschlechterdisziplin.

α) Blutrache. $\alpha\alpha$) Wesen der Blutrache. — § 173.

I. Allgemeines. II. Die Rache primär, und III. abseits der Gerechtigkeit.

I. Das Erfordernis, Leid zuzufügen, kann aber auch dem Gefühl der Rache dienen, d. h. der seelischen Reaktion des Verletzten, welcher durch Zurückdrängen des Verletzers in das Stadium des Leidens ein Hochgefühl empfindet, das zugleich dem Grausamkeitsgelüste schmeichelt.

II. Die Rache ist das Primäre; sie ist nicht immer maßlos und blind: sie kann diszipliniert werden; sie ist auch nicht immer egozentrisch; denn sie kann nicht nur vom Erstverletzten ausgehen, sondern auch von einer Person, die mit dem Erstverletzten durch ethische Bande verknüpft ist, so daß die Racheleidenschaft durch ein ethisches Gefühl hindurchgeht und hierdurch verklärt wird.

III. Die Rache aber liegt trotzdem abseits von der Gerechtigkeit, weil sie die Verletzung nur vom Standpunkte des Verletzten, nicht vom Standpunkte des allgemeinen Kulturlebens,

---

[218]) Vgl. meine Schriften: Wesen der Strafe (1888), Gedanken über die Ziele des heutigen Strafrechts (1909); vgl. auch Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. V.

behandelt. Trotz aller Verfeinerungen und Verhüllungen ist sie im Gegensatz zu der sozial wirkenden Gerechtigkeitsstrafe individuell [219]).

ββ) Nachteile der Blutrache. Lichtseiten. Gegenwirkung. — **§ 174.**

I. Nachteile. 1. Zerklüftendes Element. 2. Unsicherheit. 3. Keine Beschränkung auf den Täter und 4. die wirkliche Tötung. II. Lichtseiten. III. Gegenwirkung.

I. Die Rache steht nicht nur sittlich tiefer als die Gerechtigkeitsstrafe, sondern hat auch große Nachteile zur Folge:

1. Sie bildet ein zerklüftendes Element im Volksleben: der Staat wird durch die Spaltung feindlicher Familien in seinem Innern ständig aufgewühlt und geschwächt, und wichtige Gesamtbestrebungen müssen der Einzelrache weichen.

2. Sie bewirkt eine ständige Unsicherheit im Volksleben, wodurch die Kulturarbeit bedeutend gestört wird. Eine Menge von Menschenkraft wird verbraucht durch die unaufhörlichen Probleme der Rache; und durch die Furcht und den Schreck, der die Bevölkerung erfaßt, wird das ruhige Wirken gelähmt.

3. Dies wird noch dadurch verschlimmert, daß die Blutrache nicht auf den Täter beschränkt ist, und ferner dadurch, daß, wenn sie auf der einen Seite vollzogen wurde, sie auf der anderen Seite wieder neu entsteht, so daß eine unendliche Kette von Todesopfern aufeinander folgt.

4. Dazu kommt, daß die Blutrache nicht beschränkt bleibt auf den Fall einer wirklichen Tötung: denn allüberall ist der Gedanke verbreitet, daß jeder unerklärliche Todesfall auf Verzauberung zurückzuführen sei, so daß immer die Sorge auftaucht, diejenige Person ausfindig zu machen, von welcher der böse Zauber ausgeht.

Darin liegt die Furchtbarkeit dieser Einrichtung, daß sie sich viel zu wenig mit vernünftigen Elementen mischt, sondern auf unsicherem Glauben, auf blinder Leidenschaft und inbrünstiger Totenverehrung beruht, einer Mischung, welche die Menschheit in schrecklichen Wahn versenkt. Auch ist der Glaube an Verzauberung nicht etwa bloß eine Einbildung, sondern er tritt mit grauenvoll wesenhafter Wirkung ein, indem derjenige, der sich für verzaubert hält, so stark durch Autosuggestion heimgesucht wird, daß er daran stirbt. Bei manchen Stämmen scheint diese Racheidee sich dahin abgeplattet zu haben, daß eine Familie, in der ein Mitglied starb, ohne die Vermittlung dieser Vorstellung einfach den Gedanken hegt: wir haben durch den Tod gelitten, jetzt soll ein anderer gleichfalls in dieser Weise leiden. So tritt an Stelle der Rache die einfache Grausamkeits- und Schadenfreude, und das Gefühl der Genugtuung über das Unglück anderer triumphiert.

---

[219]) Vgl. Barthol. de Medina, Expositio in tertiam Thomae partem qu. 46 a. 3 (1582 p. 512): Versari discrimen inter privatam personam et judicem, cujus munus est promovere bonum commune. Nam privatam personam decet remittere offensam sine satisfactione, sed judex debet misericordiam ostendere, ut justitiae non obliviscatur, ne detur occasio impune peccandi.

II. Andererseits hat die Blutrache auch wieder ihre Lichtseiten. Das Selbstgefühl wird gesteigert, die Persönlichkeit weit über den Sumpf materieller Bestrebungen hinausgetragen und zum Opfermut entflammt; und indem sie alles für eine Idee hingibt, begeistert sie sich für Ziele, die außerhalb des gewöhnlichen Lebenstriebes stehen.

Das ist voll anzuerkennen; es rechtfertigt aber nicht ein Institut, das nach anderer Seite hin sittlich niedrig steht und zum sozialen Verderben gereicht. Doch ist es begreiflich, daß dieses Motiv wesentlich dazu beitrug, das Institut länger zu erhalten, als nach dem Kulturstand der Völker zu erwarten gewesen wäre.

III. Eine heilsame beschränkende Gegenwirkung war der Glaube, daß der Tod nicht nur durch Menschen, sondern auch durch Dämonen herbeigeführt werde, so daß man Furcht und Haß von der Menschheit auf diese eingebildeten Wesen übertrug. Dies war einer der erfolgreichsten Einflüsse des Dämonenglaubens, der auf solche Weise das Leiden der Völker beschwichtigte und sie von einem Alb erlöste.

$\gamma\gamma$) Überwindung der Blutrache. — § 175.

I. Abkauf. II. Taxierung. Staatsabgabe. III. Abbitte. IV. Religiöse Sühne. V. Asyl. 1. Wesen. 2. Ausgangspunkt. 3. Örtliches, zeitliches, persönliches Asyl.

I. Die Weltgeschichte mußte verschiedene Wege wählen, um über die Blutrache hinauszukommen. Diese kam ins Wanken, als der Gedanke auftauchte, daß man sich die Rache abkaufen lassen könne: eine an und für sich materialistische Vorstellung, die aber doch aus einem idealen Hintergrunde stammte.

Nicht der Gewinn der Blutrachefamilie galt als das Hauptsächliche, sondern der furchtbare Aderlaß, den die Täterfamilie erleidet, der im Leben der Völker viel empfindlicher schmerzt, als der Tod eines einzelnen Familienmitgliedes: nicht weil die Blutrachefamilie Geld und Gut will, sondern deswegen, weil sie der Täterfamilie das nimmt, was ihr am teuersten ist, die mühsam erworbene Habe, darum läßt sie sich durch das Blutgeld versöhnen. Hiermit ist nicht gesagt, daß die materialistische Vorstellung den Völkern ständig fern blieb. Sie ist nur nicht der erste Anreiz gewesen: hatte sich der Abkauf im Völkerleben eingebürgert, dann war es natürlich nur noch ein weiterer Schritt, auch den Trieb nach Geld und Gut walten zu lassen. Dieser träufelte lange Zeit stillschweigend ein, bis man sich endlich dessen voll bewußt war und sich seiner nicht mehr schämte, weil man die langjährige Gewöhnung der Vorfahren für sich hatte. So kam es denn von Fall zu Fall zu einem Feilschen und Handeln um den Wert des Toten, wobei die im Hintergrunde waltende furchtbare Rache ein bestimmendes Motiv war. Zunächst war es in das Belieben der Bluträcherfamilie gestellt, die Blutsühne anzunehmen oder nicht, und sie konnte darum auch ihren Betrag so hoch hinaufschrauben wie sie wollte, sofern sie nur glaubte, die Summe durch den Druck drohender Blutrache erpressen zu können.

II. Allmählich bildete sich eine gebräuchliche Taxe, und so wurde auch der Abkauf typisch, und die Vorstellung, daß man sich

mit der üblichen Summe begnügen müsse, ließ sich nicht abweisen. Die natürliche Folge war, daß sich die Rachefamilie entweder überhaupt oder doch in gewissen Fällen für gebunden erachtete, die Blutsühne anzunehmen; der Vermögenstrieb wirkte eben abstumpfend auf Rache und Grausamkeitsgefühl. Schließlich konnte sich der Staat selber der Kompositionslehre bemächtigen: er verlangte einen Teil des Blutgeldes für sich als Blutsühne und überließ den anderen Teil der verletzten Familie; der Staat finanzierte die Rache.

III. Hatte man auf solche Weise ein Mittel, die Täterfamilie ins innerste Mark zu treffen, so konnte man ihr noch außerdem die höchste Demütigung und Zerknirschung zur Bedingung setzen. Das tat man in ausgiebigster Weise: Geld und Gut, welche doch dem Bluträcher die Hauptsache waren, wurden scheinbar gegen die seelisch bedrängenden Elemente zurückgedrängt, und so verlangte man Abbitte, Demütigung, Ehrenerklärung: dann erst ließ man sich zur Annahme des Wergeldes und zur Versöhnung herbei.

IV. Auf diese Weise läuterte sich aber zugleich der Rachebegriff zum Strafbegriff. Bei solchen demütigenden Betätigungen spielte der Bluträcher nur eine passive Rolle: er konnte sich an der Erniedrigung des Gegners weiden; aber dieses Gefühl der Befriedigung war doch nicht bloß das individuelle Wohlgefühl, sondern zugleich auch ein Echo des Gedankens, daß eine Übeltat durch tiefe Buße in ihrem frevelhaften Bestande aufgelöst werde und die Seelenläuterung zur Sühne und Erlösung führe. Begreiflich ist es, daß die Religion sich dieses Elementes bemächtigt hat, und daher finden wir alsbald die Priesterschaft eifrig bestrebt, die Versöhnung zu fördern; wir finden sofort auch die religiösen Beigaben, indem die Sühnenden sich gewissen kirchlichen Büßungen unterziehen und mit Hilfe der göttlichen Gnade das Heil und damit die Lösung zu erwerben suchen. So greift dieses Element tief ein in die Abgründe der Sittlichkeit und holt eine Reihe befreiender Elemente hervor: die Blutrache wird in ihrem ursprünglichen Bestande allmählich zerblättert und verliert Schärfe und Festigkeit.

V. 1. Ein neues, die Blutrache begünstigendes Motiv ist das im Leben der Völker allgemein verbreitete Recht des Asyls[220]). Asyl im weitesten Sinne ist eine gesellschaftlich anerkannte Beziehung des Täters oder der Seinigen, welche sie gegen Blutrache schützt. Die Beziehung kann eine örtliche, zeitliche, persönliche sein oder auf sonstigen Zusammenhängen beruhen; allüberall handelt es sich um denselben Gedanken: die Blutrache findet ihre Hemmung.

---

[220]) Hierüber vor allem die Schrift meines Schülers Hellwig, Asylrecht der Naturvölker (1903). Vgl. auch §§ 66, 178.

2. Der ganze Gedanke des Asyls geht auf die obige Entgegensetzung von Rechts- und Friedensordnung zurück (§ 66). Das Asyl ist eine Einrichtung der Friedensordnung, welche der Ausübung des durch die Rechtsordnung gestatteten oder gebotenen Rechts widerstrebt und dadurch über die Rechtsordnung, so mächtig sie an sich ist, hinausführt.

Friede und Recht sind auch hier die zwei Faktoren, welche in ihrer gegenseitigen Einwirkung immer wieder die Entwickelung weitergeleitet haben. Hier war es Zweck der Friedensordnung, das Racheelement möglichst auszuschalten und dadurch das Sühnewesen zu läutern und die soziale Gerechtigkeit anzubahnen.

3. a) Hauptsächlich spricht man von örtlichem Asyl: gewisse Örtlichkeiten verlangen einen geweihten Frieden. Man nimmt an, daß jede Gewalttat, mag sie noch so berechtigt sein, die Heiligkeit des Ortes verletzt.

Religiöse Übungen und Bräuche erfordern völlige Ruhe und Weltabgeschiedenheit und eine ungeteilte Vertiefung in ein geweihtes Gefühlsleben; jede Gewalttat wäre hinderlich und würde all die Genien, Götter und Vergeistigungen, die hier walten, stören und über das Volk Unheil bringen. Daher sind vor allem die Stätten der Gottesverehrung Asylstätten: Tempel, heilige Haine, Gräber usw., aber auch die Gerichtsstätten und das Haus des Richters, der Umkreis, in dem der Herrscher wohnt, die Umgebung des Häuptlings.

b) Das Asyl kann auch ein zeitliches sein (Treuga), auch ein persönliches (Anaya), wovon in der Universalrechtsgeschichte zu sprechen ist[221]).

β) Geschlechterdisziplin. — **§ 176.**

Neben die Blutrache trat von alters her die Geschlechterdisziplin; denn von jeher galt der Satz, daß die Blutrache nur von Familie zu Familie, nicht innerhalb derselben Familie, geübt werden dürfe. Hatte also ein Familiengenosse dem andern eine Unbill zugefügt oder ihn gar erschlagen, so konnte nicht von Blutrache die Rede sein; denn die Folge wäre gewesen, daß die Familie gegen sich selbst wütete und sich selbst zerfleischte, was ganz gegen das Wesen der Blutrache ging, welche die Aufrechterhaltung und Förderung der eigenen Familie anstrebte. Es blieb also in solchen Fällen nichts Anderes übrig, als den Täter zu züchtigen oder ihn aus der Familie auszustoßen. Letzteres hätte allerdings die Familie auch verarmt; allein es stand dabei der Gedanke im Hintergrund, daß der Ausgestoßene wieder in die Familie zurückkehren könne, wenn er sich einer Sühne unterwirft. Die Sühne war daher Familiensühne, ganz anders als die Blutrachesühne; sie hatte nicht den Zweck, Blut abzukaufen, sondern den Unwürdigen wieder in den Schoß der Familie zurückzuführen.

---

[221]) Orientalisches Recht, S. 41.

γ) Berücksichtigung seelischer Umstände. Entwickelung des Fahrlässigkeitsbegriffes. — **§ 177.**

I. Seelische Umstände ursprünglich unberücksichtigt. II. Absichtliche und unabsichtliche Missetat. III. Entwickelung des Fahrlässigkeitsbegriffes.

I. Die seelischen Umstände der Tat bilden ursprünglich kein entscheidendes Moment. Man erkennt sie in ihrem Grund und Wesen nicht; auch wenn jemand nach unseren Begriffen einen Menschen zufällig tötet, ist dies nach der ursprünglichen Anschauung der Völker die Äußerung des in ihm waltenden Geistes; denn der Mensch hat nach dem Glauben der Urzeit viele Seelen, und so ist es eben eine der in ihm waltenden tückischen Seelenmächte, welche hier zur Betätigung gelangt ist. Dafür hat er natürlich ebenso aufzukommen, wie für alles Andere; was seine Seele tut, das tut er. Der Satz, daß bloß die objektive Tat, nicht auch die seelischen Umstände entscheidend sind, hat daher einen tieferen Hintergrund.

II. Natürlich kann der Unterschied nicht auf die Dauer unbekannt bleiben: Absichtliches und Unabsichtliches kann nicht immer vergleichheitlicht werden. Wer einem Andern auflauert und ihn erschlägt, oder wer den Genossen beim Kampfspiel tötet — beide können nicht auf gleicher Stufe stehen: der bewußte böse Geist, der zum Morde führt, und der unbewußte Kobold, der beim Spiele die Hand unglücklich lenkt, walten zwar beide im Täter, aber man kann nicht mehr den Einen dem Andern an die Seite stellen. Schon in den Zeiten der Blutrache muß hier ein Unterschied eintreten. Man wird mehr geneigt sein, im Falle der unabsichtlichen Tat Milde walten zu lassen und das Blutgeld anzunehmen, als da, wo die Mordabsicht schamlos zutage tritt. Auf solche Weise wird absichtliche und unabsichtliche Missetat von den Völkern in Gegensatz gestellt und ihre Behandlungsweise unterschieden. Dabei bleibt es lange Zeit.

III. Zu weiteren Abspaltungen der Schuld konnte man erst bei fortdauernder Verfeinerung gelangen. Der Gedanke, daß ein böser Kobold im Menschen den Zufall lenkt, mußte allmählich erlöschen, wenn er auch lange in seinen Nachwirkungen bestehen blieb. Allmählich mußte die Frage aufdämmern: hat der Täter alles getan, was er in normalen Fällen tun sollte, oder hat er sich dabei in einer lebenswidrigen Weise verhalten? Auf das Ungewöhnliche, den Lebensverhältnissen Widersprechende in seinem Denken und Treiben muß allmählich der böse Kobold herabgedrückt werden. Hast du so gehandelt, wie man in ordentlichen Lebenslagen zu handeln pflegt, dann kann man das Unheil nicht mehr einem schlimmen Geiste zuschreiben, — und die Verknüpfung mit den Folgen der Tat wird als Zufall, d. h. als ein Element erkannt,

welches der Handlung ferne steht und sich ihr nur äußerlich in ungeeigneter Weile zugesellt. Es ist nicht mehr der Puck im Menschen, sondern es ist der Puck des Schicksals, der die Verletzung herbeiführt, und für diesen kann man den Einzelnen nicht mehr verantwortlich machen. So entsteht allmählich einer der schwierigsten Begriffe des Verantwortlichkeitsrechts, nämlich der Begriff der Fahrlässigkeit, und es bildet sich der Satz: Man haftet für absichtliche Missetat immer, für unabsichtliche im Falle der Fahrlässigkeit, d. h. in dem Falle, daß man im Leben nicht die nötige Sorgfalt angewendet hat, um ohne Benachteiligung der Menschheit zu wirken. Es ist begreiflich, daß sich innerhalb der Geschlechterdisziplin solche ethischen Gedanken besonders lebhaft bildeten, und von hier aus pflanzten sie sich über auf das Gebiet der Blutrache.

b) Entwickelung des staatlichen Strafrechts (ius puniendi). Läuterung des Strafgedankens. — α) Entwickelungsweisen des staatlichen Strafrechts. — § 178.

I. Familiendisziplin. II. Beaufsichtigung der Blutrache. III. Einfluß des göttlichen Rechts. IV. Steigerung der Häuptlingsmacht. V. Asylgedanke.

I. Das staatliche Strafrecht hat sich nicht in einer, sondern in fünf Weisen entwickelt und hat, wie die meisten geschichtlichen Einrichtungen, eine mehrfache Quelle. Die eine Entwickelung ging von der Geschlechterdisziplin aus. Wenn mehrere Familien zu einer Einheit zusammenschmolzen, so lag der Gedanke nicht fern, daß auch innerhalb dieser Einheit die Blutrache schweigen müsse; was früher innerhalb der Familie galt, das galt jetzt innerhalb einer durch mehrere Familien gebildeten Gemeinschaft. Und als sich durch die Verbindung solcher Familien der Staat bildete, so wurde das, was früher die Sonderheit der Familiengenossenschaften war, auf die Staatsgenossenschaft übertragen. Damit war die Blutrache innerhalb des Staates von selbst aufgehoben.

Allerdings ging die Entwickelung nicht immer mit dieser logischen Bestimmtheit vor sich: der Zusammenschluß der Geschlechter im Staate war nicht immer so innig, und die Blutrache zwischen den Familien war meist viel zu mächtig, als daß die ganze Einrichtung sofort erstorben wäre; sie pflanzte sich vielfach fort tief in die Zeiten des entwickelten staatlichen Lebens hinein, bis sie endlich langsam erstarb. Die unlogische Psychologie mußte allmählich durch den logischen Gedanken überwunden werden, die Leidenschaft durch den Intellekt.

II. Eine andere Entwickelung gestaltete sich in folgender Weise: Der Staat bestätigt die Blutrache unter gewissen Umständen, begehrt aber bestimmte Vorsichtsmaßregeln und Sicherungen; er verlangt insbesondere, daß die Motive der Blutrache vorher staatlich festgestellt werden und daß ihre Ausübung unter der Aufsicht und Kontrolle des Staates stattfinde. Nicht

selten hat sich hierbei das Institut auch dahin gewandelt, daß die Vollziehung der Blutrache nicht durch den Bluträcher selber, sondern durch ein Organ des Staates erfolgt: an Stelle des Bluträchers tritt der Scharfrichter.

III. Eine dritte Entwickelung stand unter dem Einfluß des göttlichen Rechts: denn die Missetat galt zugleich als Frevel gegen die Gottheit; um den Zorn der Gottheit abzuwenden, mußte man zur Sühnung schreiten: die Sühne war daher göttliche Sühne. Mit diesem Gedanken verband sich der andere Gedanke, daß die Sühnung auch im Interesse der Staatsgesamtheit liege, welche unter göttlichem Schutze steht. Solches war zunächst der Fall bei den eigentlichen Staatsverbrechen des Verrats und bei anderen Freveln, welche den Bestand des Staatsganzen in Frage stellten; es wurde dann aber auf Fälle übertragen, wo es sich um schwere Mordtaten und ähnliche Dinge handelte, welche den Staat zu zerfleischen drohten.

IV. Das Häuptlingtum spielte auch hier eine große Rolle, denn es war eine Steigerung der Macht des Häuptlings, wenn die Strafgewalt auf ihn überging und die Blutrache der Geschlechter zurückgedrängt wurde: dieser Übergang erwies sich als ein kraftvolles Mittel, um über die mächtigsten Geschlechter Herr zu werden. So kam es, daß gerade starke, selbstherrliche Häuptlinge die Strafgewalt an sich zogen.

V. Auch das Asylrecht (oben §§ 66, 175) war bedeutungsvoll. Wer in ein Asyl geflüchtet war, stand unter dem Schutze der Wächter und Hüter des Asyls, also unter dem Schutze des Priestertums oder des Richters. Hier lag es nahe, daß diese sich einmischten und erklärten, den Flüchtling entweder im Asyl zu schützen oder ihn als des Asyls unwürdig zu erklären. So entwickelte sich eine Untersuchungsgewalt des Asylhüters oder der Asylbehörde, und auch diese ist eine Quelle des kirchlichen oder staatlichen Strafrechts geworden.

β) Läuterung des Strafgedankens. — § 179.

I. Wegfall des Rachegedankens. II. 1. Eintritt des Gefährdungsgedankens. 2. Hervortreten des Schuldmotivs. 3. Begriff der Sünde.

I. Durch Aufkommen des staatlichen Strafrechts[222]) wurde der Strafgedanke geläutert und von subjektiven Zutaten befreit. Das immer noch waltende Gefühl der individuellen Rache wurde allmählich ausgestoßen: nicht kraft eines eigenpersönlichen Empfindens ging man gegen den Täter vor, sondern lediglich und allein

[222]) Über Mehti und Laotse als Vertreter des staatlichen Strafrechts. § 133.

aus der gesellschaftlichen Überzeugung, daß eine soziale Reaktion erfolgen müsse. Mochte der Gedanke ein religiöser sein, und die Strafe zu dem Zwecke stattfinden, um den Zorn der Gottheit zu besänftigen, oder mochte der Häuptling strafen, um die mächtigen Familien zu beugen, oder mochte man die Tat ahnden, um in der Gesellschaft Ordnung und Ruhe zu schaffen: in jedem Falle fiel der Rachegedanke weg; oder wenn er, wie bei der Götterrache, noch einigermaßen mitschwingen durfte, so war er doch so verfeinert und vergeistigt, daß er mehr und mehr des eigentlichen Charakters entkleidet wurde.

Wenn man straft in der heiligen Überzeugung vom Zorn der Gottheit, und wenn man den Täter wegschafft, um die Götter zu begütigen, wenn man hierbei mit Zittern und Beben zur Gottheit hinaufblickt, welche eine ganze Gegend für die Tat des Einzelnen heimzusuchen droht, so wird sicher bei derartigen Empfindungen das religiöse Gefühl mehr hervortreten als das Gefühl der Rache; und mag man sich auch eine zornige und eifernde Gottheit denken, so steht sie doch viel zu hoch über der strafenden Menschheit, als daß man an ihrem Zorne teilnehmen dürfte.

II. 1. Damit tritt aber auch der große Gedanke des Strafrechts ein: nämlich, die Persönlichkeit soll in ihren Kreis zurückgewiesen werden, weil ihre Handlung die ganze Gesellschaftsgruppe vergiftet und in ihrem Bestande gefährdet hat. Dieser Gedanke war früher nur in Spuren vertreten; die Zurückweisung des Täters erfolgte zunächst unter Einwirkung des eigenpersönlichen Gefühls der Rache.

Auch hier bediente sich die Weltgeschichte eines Kunstmittels, um ihre Zwecke zu erreichen. Der Gedanke, daß der Täter deswegen in seinen Kreis zurückzuweisen ist, weil er ein gesellschaftliches Unheil angestellt habe, schlummerte erst unter der Asche, höchstens daß das Bewußtsein der verletzten Familie ein Resonanzgefühl mitschwingen ließ, wonach nicht nur die Familie, sondern auch die der Familie vertrauten Geschlechter und damit überhaupt auch die Gesellschaft verletzt sei. Dieser Grundgedanke aber, der während der Blutrachezeit nur in äußersten Spuren vertreten war, wurde nun zum Leitsatze erhoben.

2. Damit war ein Zweites verbunden, nämlich die größere Berücksichtigung des Schuldmotivs. Hatte man auch schon in der Blutrachezeit die absichtliche Tat von der unabsichtlichen geschieden, so war doch die große grundsätzliche Bedeutung der inneren Schuld noch wenig erkannt, was begreiflich ist, weil die Blutracheübung von der persönlichen Empfindlichkeit ausging, welche den Blick auf die Innenseite der Tat trübte, und weil auch der Gedanke an die in dem schuldlosen Täter waltenden bösen Geister immer noch sein Spiel trieb. Sobald man aber den Grundsatz aufstellte, daß der Täter wegen seiner Gesellschaftswidrigkeit zu bestrafen sei, so mußte die Überzeugung, daß die Gesellschaftswidrigkeit gerade in dem schuldhaften Wesen der Tat liege, von maßgebender Bedeutung werden.

Warum bewirkt die schlimme Tat eine Vergiftung der Gesellschaft? Weil die in ihr liegende Unsittlichkeit den ganzen Aufbau der Gesellschaft zu zerstören droht. Was früher nur ein nebensächliches Element gewesen, das wird hier wesentlich. Das Entscheidende ist die Verwerflichkeit, die Unwürdigkeit, die Verächtlichkeit, welche sich in der Handlung kundgegeben hat.

3. Diese Überzeugung wird noch gefördert durch die religiöse Einwirkung; denn wo immer sich die religiöse Vorstellung in der Kultur vertiefte, mußte die Idee des Weihevollen und des Weihelosen, des Göttlichen und Ungöttlichen, des Heiligen und Unheiligen hervortreten. Mochte der Gedanke in den verschiedensten Färbungen schillern, immerhin war die Idee der Schuld und der sittlichen Würdigkeit oder Unwürdigkeit für die Beurteilung der Tat bedeutsam. So ist der Begriff der Sünde entstanden; ihn kannten schon die Verehrer Marduks [223]).

3. Weitere Begründung der Gerechtigkeitsstrafe. Kritik anderer Lehren. a) Die Gerechtigkeitsstrafe. Kritik des Determinismus. Relativität der Willensfreiheit. — **§ 180.**

I. Bedeutung der Gerechtigkeitsstrafe. II. Thomas und Hegel als Hauptvertreter der Gerechtigkeitsstrafe. III. Indeterminismus und Determinismus. IV. Relativität der Willensfreiheit.

I. Die Idee der Schuld und Sühne ist einer der größten Fortschritte des Strafrechts. Die Tat wird nicht bloß nach der äußeren, sondern vorzüglich nach der inneren Seite beurteilt, und an Stelle der Rachevergeltung tritt die verfeinerte Gerechtigkeit; die Strafe nimmt daher folgenden Charakter an: sie ist ein Übel, welches die Bestimmung hat, den aus seinem Kreis hervorgetretenen Täter durch ein Leid in seinen Kreis zurückzutreiben, die Hoheit und Würde der Rechtsordnung wieder herzustellen und das sittliche Gefühl der Gesamtheit zu läutern (§ 172).

II. Zwei Geister sind es, welche die Idee der Gerechtigkeit der Strafe, als der Reaktion der Gesellschaft gegen das sich aufbäumende Individuum, am tiefsten erfaßt haben, Thomas von Aquin und Hegel. Was in der Zwischenperiode in dieser Beziehung geleistet wurde, ist bedeutungslos [224]). Die Hegelsche Lehre bedarf allerdings insofern eines Ausbaues, als die Beziehung zwischen Gerechtigkeitsreaktion und dem in der Strafe liegenden Leid aufgewiesen werden muß: es muß dargetan werden, wie sehr gerade das seelische Leiden der Gerechtigkeit dient.

---

[223]) Über den babylonischen Begriff der Sünde vgl. Jastrow, Religion Babyloniens II, S. 69, 86 f., 102 f.

[224]) Über Thomas von Aquin vgl. Brands Z. vgl. R. XVIII, S. 76, über Hegel vgl. Arch. f. Rechtsphil. V, S. 113; ferner Sulz, Hegels philosophische Begründung des Strafrechts und deren Ausbau in der deutschen Strafrechtswissenschaft (1910).

III. 1. Die Gerechtigkeit der Strafe hängt davon ab, daß wir den Menschen nicht als bloßes Naturwesen betrachten, sondern annehmen, daß seine Seele eine in dem Ich konzentrierte Einheit bildet, und daß der Mensch Selbstherrscher im Bereiche des Willens ist, daß er sich selbst Gesetze geben kann, kraft deren er so oder anders handelt (Willensfreiheit, sog. Indeterminismus).

2. Die ganze Vorstellung von der Gerechtigkeit müßte fehlen, wenn der Mensch ein bloßer Mechanismus wäre, welcher dem Naturtriebe folgt wie eine festgefügte Maschine, so daß von einer Schuld keine Rede sein könnte. Mit diesem Irrtum gibt es keine Vermittlung, und wenn beispielsweise Merkel und einige seiner Nachfolger eine solche damit versuchen wollten, daß sie sagten, der Mensch sei allerdings determiniert in seinen Entschlüssen, d. h. er werde kraft einer innerlichen Kausalkette zu seinen Handlungen gebracht, aber man könne ihn deswegen doch loben und tadeln, und man könne ihn deshalb doch bestrafen, denn eine Freiheit liege überall da vor, wo ein Zwang von außen fehlt — so ist dies alles völlig unhaltbar und beruht auf einer gänzlichen Verwechslung der ersten Begriffe der Seelenlehre; die Freiheit besteht nicht darin, daß man gegen die Einflüsse der Außenwelt gefeit ist: auch eine Uhr oder eine Maschine, welche so eingerichtet ist, daß jede Einwirkung von außen fehlt, ist unfrei; eine verantwortliche Freiheit liegt überhaupt nur dann vor, wenn der Mensch sein eigener Gesetzgeber ist, um das Eine oder Andere zu wählen [225]). Eine Maschine kann man wohl loben oder tadeln, aber die Bestrafung einer Maschine würde dem Tun des Kindes gleichen, welches die Puppe vernichtet, wenn sie ihm in ihren mechanischen Bewegungen nicht gefällt. Wenn man sich darauf berufen hat, daß Calvin, ja Thomas von Aquin oder gar Augustinus, die Willensfreiheit (in unserem Sinne) geleugnet hätten, so beruht dies auf vollkommenem Mißverständnis der Ideenwelt, in der sich diese Männer bewegten [226]).

IV. Die Freiheit des Willens ist nicht als blanke Freiheit zu verstehen. Auf der einen Seite wirken die Anreize von

---

[225]) Vgl. die ausführlichen Erörterungen in den Mod. Rechtsprobl., 2. Aufl., S. 34 f., und schon Alexander von Hales, Summa II, Fol. 106: Liberum arbitrium est consensus ob voluntatis inamissibilem libertatem et rationis indeclinabile iudicium.

[226]) Über Aristoteles § 20, über Augustinus Arch. f. Rechtsphil. III, S. 254, über Calvin ebenda VII, S. 233, über Thomas von Aquin mein Aufsatz im Deutschen Dantejahrbuch I, 12 ff. Über die Nachfolger von Thomas Arch. f. Rechtsphil. X, S. 255 ff. Kant hatte die Freiheit des Willens in die Sphäre des intelligiblen Seins verlegt, Schopenhauer hat sie so viel wie völlig aufgegeben und damit ein philosophisches Verständnis der Gerechtigkeit unmöglich gemacht. Über Fichte § 6.

außen, auf der anderen Seite der innere habitus der Seele, so daß nicht von einer absoluten, sondern nur von einer relativen Willensfreiheit die Rede sein kann[227]). Innerhalb der Motive und des habitus schaltet die Willensfreiheit, denn diese beiden Elemente bewirken zwar eine Geneigtheit, aber keinen Zwang, und die freie eigengesetzgeberische Tat der Seele entscheidet trotzdem, nach welcher Richtung der Entschluß folgt; die Willensfreiheit ist also relativ, und diese relative Willensfreiheit ist die Quelle der Verantwortung: manches verlockt den Menschen, aber er kann sich den Lockungen entziehen.

Um die Anreize[228]) und den Seelenhabitus zu verstehen, sind tiefere psychologische Studien nötig. Man kann das Verbrechen nur begreifen, wenn man das Seelenleben mit seinen Zusammenhängen erforscht hat. So spielt, wie ich anderwärts hervorgehoben habe, das erotische Element in der Verbrecherseele eine große Rolle, so führt die Hysterie zur Phantastik und damit zur Unwahrheit, indem der Unterschied zwischen Phantasievorstellung und realer Erinnerung sich verwischt[229]). Das psychologische Studium ist für das Strafrecht eine Hilfswissenschaft allerersten Ranges, sie legt den habitus der Seele klar und seine oft verwickelten Gestaltungen.

b) Abschreckungs- und Besserungstheorie. — § 181.

I. Abschreckung durch Strafvollziehung und Strafandrohung. II. Besserungswirkung. III. Abschreckung und Besserung nur Begleiterscheinungen.

I. An Stelle der Gerechtigkeit der Strafe machte die Straftheorie zwei andere Momente geltend: ihre abschreckende Kraft und ihre bessernde Funktion. Das Moment der Abschreckung war schon in mittelalterlicher Zeit bedeutsam: man wollte durch die Strafvollziehung abschrecken und machte daher die Strafe so grausig und sinnfällig als möglich. Seit Anfang des 19. Jahrhunderts hat man diesen Gedanken etwas verfeinert; das Abschreckende suchte man nicht im Strafvollzug, sondern in der Strafandrohung, welche ein genügendes Gegenmotiv bieten sollte gegen die Anreize, die den Täter zur Tat locken (Feuerbach). Allerdings, wenn die Androhung nicht wirkte, mußte eben die Strafe vollzogen werden; doch dieser Strafvollzug war jetzt von untergeordneter Bedeutung: wenn es möglich wäre, die Androhung allein wirken zu lassen, dann brauchte man den Strafvollzug gar nicht. Ein derartiges Strafrecht ist unmöglich, oder vielmehr es ist kein Strafrecht mehr. Anstatt das Strafrecht fortzubilden, löst man es auf. Anstatt der Gerechtigkeit bietet man einen wesenlosen Schein.

---

[227]) Vgl. Moderne Rechtsprobl. a. a. O.

[228]) Daß diese Anreize nicht bloß hedonistischer Art sind, bemerkt richtig Michotte in den Annales de l'Univ. de Louvain (1912) S. 677.

[229]) Recht und Persönlichkeit, S. 230 f.

Der Strafvollzug soll ja nur stattfinden, weil ohne ihn die Drohung ein leeres und unwirksames Phantom wäre, das sich sofort als ein hohles Gespenst entpuppte: die Strafvollziehung wäre daher nur eine mittelbare Notwendigkeit. Wäre es möglich, die Welt zu täuschen und ihr vorzuspiegeln, daß man die Strafe vollzöge, während man die Verbrecher im Gefängnis mit Spiel und Tanz unterhielte, dann wäre der Strafvollzug ganz unnötig. Ist dies schon an sich eine sehr wesensfremde und scheinhafte Auffassung, so ist das Ganze noch dadurch unerträglich, daß hier der Eine um der Anderen willen büßen muß. Der Täter, welcher das unglückliche Opfer seiner durch die Strafandrohung nicht genügend bezähmten Naturtriebe war, müßte also büßen, damit die Strafandrohung für die Anderen ihre Kraft behielte: er wäre mithin der Souffre-douleur der Gesellschaft. Mit derartigen Ideen glaubte man das Strafrecht weiter bilden zu können: auf der einen Seite die Feuerbachsche Strafandrohung, auf der andern Seite die peinliche Bestrafung des Souffre-douleur der Gesellschaft, und schließlich das große Irrenhaus, in das die Verbrecher zur Wahrung der Gesellschaft gesteckt würden: denn zwischen dem Irrsinnigen und dem Verbrecher wäre hiernach kein Unterschied, der eine prinzipiell verschiedene Behandlung rechtfertigte, außer daß beim Irrsinnigen die Strafandrohung mitunter weniger anschlägt als bei dem Geistesgesunden, — was aber auch nicht immer der Fall ist.

II. Ernsthafter kann die Besserungswirkung erwogen werden, und in der Tat haben insbesondere die Vereinigten Staaten in den letzten Jahrzehnten besondere Strafanstalten geschaffen, die auf die moralische Gesundung der Verbrecher abzielen (Reformatories, vor allem in Elmira); aber einerseits ist die Besserung stets problematisch, vielfach ganz verzweifelt, sodann würde die Besserungsdisziplin nicht notwendig auf ein Leiden des Sträflings hinsteuern. Wenn man ihn dadurch bessern könnte, daß man wie in einem Sanatorium durch anziehende Abwechslung seine bösen Gedanken verdrängte, so müßte man diesen Weg wählen; die Behandlung wäre Sanatoriumsbehandlung, keine Strafe.

III. Besserung wie Abschreckung sind Begleiterscheinungen, sie treffen nicht das Wesen der Strafe; nur ein unphilosophisches Strafrecht konnte sich veranlaßt sehen, sie zur Hauptsache zu machen, weil die Verneinung der Willensfreiheit notwendig zur Verneinung der Gerechtigkeitsstrafe führte und man nun doch eines Untergrundes bedurfte, um überhaupt ein Strafrecht weiter betreiben zu können.

c) Die Lehre vom Verbrechen als krankhafter, sozialer Erscheinung. Scheidung der Strafe von Fürsorge und Sicherung.

α) Inhalt und Kritik der Lehre. — § 182.

I. Allgemeines. II. Gesellschaftsverbesserung (Massensuggestion, Umgebung, gesellschaftliche Umstände, Alkoholismus, Perversion, Jugenderziehung). III. Heilung des Verbrechers: Zwangserziehung, wirtschaftliche Aufsicht. IV. Sicherung der Gesellschaft.

I. Neuerdings hat man versucht, die Person des Verbrechers völlig auszuschalten: der Verbrecher sei nur ein

Popanz, er sei lediglich die Ausgeburt seiner Umgebung und das Produkt der Gesellschaft: das Verbrechen sei in der Tat eine Äußerung krankhafter sozialer Erscheinungen, eine Folge der Verseuchung ganzer Gesellschaftsschichten; hiergegen könne man nur vorgehen entweder durch Änderung der gesellschaftlichen Verhältnisse oder dadurch, daß man den Täter zu einem anderen Menschen mache oder daß man ihn der Gesellschaft entziehe und die Gesellschaft von ihm befreie. Auf solche Weise kam man zu dem Erfordernis der Gesellschaftsverbesserung und zu dem weiteren Erfordernis, daß der Täter geheilt oder die Gesellschaft vor ihm sichergestellt werden müsse.

II. 1. Dies enthält manches Richtige. Auch wir haben die gesellschaftlichen Verhältnisse als Brutstätte der Verbrechen anerkannt und haben den Einfluß der ganzen Zeitströmung hervorgehoben [230]). Richtig ist, daß einerseits die Massensuggestion, andererseits die spezielle Umgebung, in welcher der Verbrecher lebt, einwirkt; richtig ist, daß die gesellschaftlichen Umstände sehr viel an dem Verbrechen schuld sind, teils dadurch, daß dem Menschen die Unterhaltsmittel entzogen sind, teils dadurch, daß ihn eine unreine Atmosphäre umgibt, in welcher Lebensanschauungen spielen, die seine Sittlichkeit zerrütten. Ebenso ist es richtig, daß Alkoholismus und Perversion ganze Generationen verseuchen, und daß auf solche Weise intellektuell und charakterologisch minderwertige Individuen entstehen. Ebenso ist es sicher, daß durch Erziehung der Jugend sehr viel geholfen werden kann, und daß es ein falsches System ist, wenn man die Familienerziehung auch da noch als das unantastbare Prinzip aufrechterhält, wo die Kinder in einer verderblichen Luft aufwachsen, welche wie eine Pest alle sittlichen Keime zerstört (§ 78).

2. Dies wird niemand leugnen, und es ist darum natürlich eine unserer Hauptaufgaben, die gesellschaftlichen Zustände zu verbessern, was teils durch öffentliche Maßnahmen geschehen kann, teils auch durch die Mittel der Privattätigkeit: durch eine Menge von Vereinen und wohltätigen Gesellschaften können solche Mißlichkeiten ihren Stachel verlieren und können Verhältnisse geschaffen werden, die eine leidliche Entwickelung der moralischen und wirtschaftlichen Kräfte gestatten. Alles dies wissen wir längst, und es bedarf keiner neuen strafrechtlichen Schule, um uns diese Kenntnis zu verschaffen.

III. Ebenso ist es richtig, daß es mit der Strafe noch längst nicht abgetan ist, daß sehr häufig der Mensch noch einer Zwangserziehung unterworfen werden muß, um zum tauglichen Mit-

---

[230]) Recht und Persönlichkeit, S. 236, 238.

glied der menschlichen Gesellschaft zu werden; ferner, daß, wenn man ihn bestraft hat, man ihn nicht einfach in die Gesellschaft hinausstoßen darf, sondern sich seiner annehmen muß, um ihn dem gesunden Kreise des Volkes wiederzugeben.

Es ist Sache der inneren Mission, in dieser Beziehung wohltätig zu wirken, ganz ebenso wie schon von alters her die katholische Kirche es sich zur Aufgabe machte, durch geistige Belehrung, Beichte und andere Einwirkungen den Verbrecher der Sittlichkeit wieder zuzuführen. Es ist begreiflich, daß in vielen Fällen eine Zwangserziehung und eine wirtschaftliche Aufsicht als notwendig erscheint, nachdem der Verbrecher die Strafe verbüßt hat und auf solche Weise von der Tat entlastet worden ist: eine Entlastung von der Tat macht ihn noch nicht zu einem für die Welt brauchbaren Menschen.

IV. Endlich ist es richtig, daß, auch nachdem die Strafe vollkommen verbüßt ist, die Gesellschaft vielfach vor dem Täter gesichert werden muß; denn nicht jeder, der seine Strafe verbüßt hat, hört auf, ein gefährlicher Mensch zu sein, nicht jeder wird so vollständig von seinen Leidenschaften und schlimmen Trieben geheilt, daß er ohne Gefahr wieder auf die Menschheit losgelassen werden könnte.

Aber auch das wußten schon unsere Alten. Schon Schwarzenberg und die Bambergensis bestimmten das ewige Gefängnis für den Fall, daß für einen unheilvollen Menschen keine Sicherheit geleistet werden konnte, und außerdem pflegte man derartige Personen regelmäßig über die Grenze zu schaffen und in weite Länder zu verbannen. Im Elsaß verurteilte man den Täter über das longobardische Gebirge hinaus, in Bamberg verjagte man ihn über die Alpen, und ein anderes Mittel, das die naive Grausamkeit jener Zeit als so wirksam erkannte, daß es der Bischof von Bamberg in einem besonderen Gesetz anordnete, war die Blendung: wer des Augenlichts beraubt ist, wird so hilflos, daß er nicht mehr als gefährlicher Mensch betrachtet werden kann. Heutzutage haben wir natürlich keine Verbannung und keine Blendung mehr, aber wir müssen mit andern Mitteln vorgehen, um den Täter unschädlich zu machen, z. B. durch Verschickung oder durch Einschließung in besonderen Sicherungsanstalten.

β) Scheidung der Strafe von Zwangserziehung und Sicherung als heutige Aufgabe. — **§ 183.**

I. Allgemeines. II. Die Sicherung insbesondere. III. Hervortreten des Strafgedankens.

I. Aufgabe der heutigen Wissenschaft ist es, mit der Verquickung aufzuhören, welche darin bestand, daß man Strafe, Fürsorge, Sicherung, Alles in eine Form goß und als ein und dasselbe Wirkungsmittel erachtete[231]. Auf diese Weise mußte natürlich der Strafgedanke vollständig verflüchtigt werden. Man kann zwar, wenn man jemanden mit Freiheitsstrafe ahndet, die Freiheitsstrafe zugleich zur Fürsorge und zur Zwangserziehung benutzen, allein es ist eine ledigliche Zufälligkeit, wenn die Strafzeit mit der Zeit der Erziehung zusammenfällt.

---

[231]) Vgl. Moderne Rechtsprobleme, 2. Aufl., S. 40 f., 44 f., 51 f.

II. Was vollends die Sicherungseinschließung betrifft, so könnte oft nur eine lebenslängliche Freiheitsstrafe zu gleicher Zeit die gesellschaftliche Sicherung bewirken: es ist aber ungerecht, jemanden, der nur eine zeitliche Freiheitsstrafe verdient, sein ganzes Leben in einer Strafanstalt verbringen zu lassen, während es vollkommen angemessen sein kann, ihn, nachdem er die Strafe verbüßt hat, in ein Sicherungsverhältnis zu bringen, bei welchem lediglich und allein der Zweck der Abwehr waltet, so daß dem Gefangenen nicht mehr Übel zugefügt werden, als absolut notwendig ist, um das Ziel der gesellschaftlichen Sicherheit zu erreichen. Die Sicherung kann natürlich auch in mittelbarer Weise geschehen, so z. B. durch Wirtshausverbot, das sich in manchen Schweizer Kantonen findet, durch Fernhalten von bestimmten Kulturzentren, durch Vermögensbeschlag und Bürgschaft.

III. Haben wir auf solche Weise Strafe und andere Einwirkungsmittel reinlich geschieden, dann wird der Strafgedanke richtig hervortreten, und wir werden um so mehr der Gerechtigkeit dienen können. Denn bei alledem besteht die Willensfreiheit, die Schuld und die Sühne weiter, und die Sühne dient der Gerechtigkeit.

4. Strafbedürfnis. — § 184.

I. Kein absolutes Bedürfnis. II. Bedeutsamkeit für 1. Begnadigung, 2. Verjährung, 3. Behandlung Jugendlicher, 4. bedingte Verurteilung.

I. Die Strafe soll dem Strafbedürfnis der Menschheit entsprechen, das Strafbedürfnis aber ist kein absolutes. Dieser Gedanke ist einer der fruchtbarsten Gedanken, der die Vergeltungstheorie mit dem modernen Empfinden verknüpft und sie fähig macht, allen Anforderungen unseres heutigen Lebens zu genügen.

II. 1. Vor allem ist dieser Gedanke bedeutsam, um die Begnadigung zu erklären und zu rechtfertigen: denn weil das Strafbedürfnis kein absolutes ist, so hat es guten Sinn, daß, wo immer bedeutende Kulturbedingungen eine Straflosigkeit als angezeigt erscheinen lassen, die Strafe wegfällt.

2. Dem entspricht auch die Berücksichtigung der Verjährung; denn die Zeit ist es vor allem, welche das Strafbedürfnis abstumpft und schwinden läßt.

3. Dem entspricht die Behandlung der Jugendlichen, bei welcher die Strafsühnung vollständig hinter der erzieherischen Tätigkeit zurücktreten kann.

4. Dem entspricht auch die wichtige heutige Einrichtung der bedingten Verurteilung: denn es gilt hier, einen Menschen, der einmal gefallen ist, aufrecht zu erhalten und ihm nach dem schweren Augenblick der gerichtlichen Verhandlung die Hand

zu bieten zur Besserung und zum Verbleiben im Kreise der positiv wirkenden Menschheit: darum soll er einstweilen unbestraft bleiben, auch nicht einmal einem Strafurteil unterliegen; vielmehr soll die Tat einfach verhüllt und vergessen werden. Das Richtigste ist daher, die bedingte Verurteilung in der Art zu gestalten, daß der Richterspruch nur dann zur rechtlichen Wesenheit gelangt, wenn die Bedingung, deren Eintritt man gern vermieden sieht, doch eintritt, d. h., wenn der Täter sich schlecht verhält und damit zeigt, daß ein Strafbedürfnis gegeben ist [232]).

5. Vollendung und Versuch. — § 185.

I. Bei subjektiver Betrachtung Zufallsunterschied. II. Berücksichtigung des verderblichen Willens. III. Mittelstufe zwischen subjektiver und objektiver Betrachtung.

I. Je nach dem man die subjektive oder die objektive Seite der Tat mehr hervortreten läßt, kommt auch der Unterschied zwischen Vollendung und Versuch mehr oder minder zur Geltung. Bei rein subjektiver Betrachtung, bei welcher nur die innere Schuld zur Sühnung gelangt, ist der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung nur ein Zufallsunterschied, der lediglich darauf beruht, daß der in die Außenwelt getretene schuldhafte Wille von glücklichen oder unglücklichen Umständen begleitet wird: der glückliche Zufall, durch welchen die Tat der Vollendung entging und beim Versuch abbrach, könnte hiernach dem Täter nicht zugute kommen.

II. Ganz anders, wenn man in der Tat nicht nur den schuldhaften Willen, sondern auch den verderblichen Willen in Betracht zieht. Die nicht zum Verderben gekommene Handlung ist der Menschheit unnachteilig geblieben und hat kein schätzenswertes Gut zerstört. Sie war allerdings in ihrem sittlichen Wesen nicht bedeutungslos, aber eine rechtswidrige Zerstörung ist nicht erfolgt. Darum ist auch das Strafbedürfnis geringer; denn das Strafbedürfnis richtet sich nicht nur nach der Schwere der Schuld, sondern auch nach dem Unheil, welches die Tat bereitete, als sie in die Güterwelt einschlug: je schwerer die Folgen sind, desto schwerer ist ihre Sozialwidrigkeit, und desto mehr ist das Bedürfnis der Strafe gegeben.

III. Daraus ergibt sich von selber, daß die Mittelstufe zwischen der bloß subjektiven und der bloß objektiven Behandlung den Erfordernissen der Gerechtigkeit am meisten entspricht und darum auf einem höheren Stand steht, als die Behandlungsweise, welche den Versuch gar nicht oder die Behandlungsweise, welche den Versuch der Vollendung gleich bestraft [233]).

[232]) Vgl. Leitfaden des Strafrechts, S. 91.

[233]) So schon die Scholastiker, z. B. Alexander von Hales, Summa, de intentione in genere (1515) II, Fol. 217: Qui voluntatem plenam exeuntem

6. Beteiligung mehrerer an der Straftat. — § 186.

I. Art der Beteiligung. Seelische Momente. II. Wesen der Anstiftung. III. Anstifter und Täter.

I. An der Tat können mehrere beteiligt sein, entweder durch tatsächliches Zusammenwirken oder durch bloße seelische Beeinflussung; aber auch bei dem tatsächlichen Zusammenwirken kommen seelische Momente in Betracht; denn ein wahres Zusammenwirken liegt nur dann vor, wenn mehrere im Einverständnis demselben Ziel entgegenstreben; dieses Zusammenwirken kann ein gegenseitiges sein, indem ein jeder weiß, was der Andere tut, und sich bemüht, seine Handlung mit der des Anderen in Verbindung zu setzen; möglicherweise ist es auch nur einseitig, indem A. von der Handlung des B. weiß, B. aber nicht von der Handlung des A.: in einem solchen Falle kann natürlich dem B. nur zugeschrieben werden, was er selbst getan, dem A. dagegen auch der Erfolg der Tat des B., weil er diese zum Mittel seines Eigentums gemacht und auf solche Weise sich ihrer ebenso bemächtigt hat, wie wenn er ein Naturwirken für sich benutzt hätte.

II. Rein seelisch ist die Tätigkeit des Anstifters und die des psychischen Gehilfen: Anstifter ist derjenige, welcher durch Erregung der Motive die Handlung verursacht, indem er einen Menschen durch Anreize zu einem Handeln bestimmt, dem er sonst ferngeblieben wäre. Man hat eine solche Verursachung nicht gelten lassen wollen, weil die anreizende Tätigkeit des Anstifters eine menschliche Seele treffe und diese zwar durch Motive gereizt, aber nicht überwältigt werden könne, da sie den freien Willen habe. Diese Anschauung ist schon längst widerlegt worden: unter allen Umständen kann der Anstifter die Motive erregen und damit eine Geneigtheit zum Handeln hervorrufen, welche dann zur Tat führt, wenn der Täter dieser Geneigtheit nachgibt und sich ihr nicht widersetzt. Daß er es nicht tut, daß er diesem Anstoß entsprechend handelt, das ist eben seine Verschuldung; dies hindert aber nicht, daß derjenige, welcher die Geneigtheit bewirkt hat, verantwortlich ist, wie auch derjenige verantwortlich sein kann, der etwas auf eine schiefe Ebene legt, was herunterfallen wird, wenn nicht ein Hemmnis dazwischen kommt.

III. Bezüglich der Haftung des Anstifters hat man verschiedene Wege eingeschlagen; einige Gesetze be-

in opus habuit, recipiet similiter ratione voluntatis et ratione actus: qui vero habuit tantum voluntatem, non recipiet nisi pro voluntate, non enim recipiet pro eo quod non habuit; ergo hi duo non ad paria in merito judicantur. So denn auch die Naturrechtslehrer, Hugo Grotius, de jure belli et pacis II 20 § 39, Pufendorf, de off. hom. II 13 § 16, Montesquieu, Esprit VI 16: plutôt . . . ce qui attaque plus la société que ce qui la choque moins.

stimmen, daß der Anstifter schwerer zu bestrafen sei als der Täter, weil ihm die Initiative zuzuschreiben ist; indes muß man doch auch ins Auge fassen, daß der Anstifter oftmals auf einen wohlvorbereiteten Boden trifft, und der Täter nicht selten leichten Mutes zur Tat schreitet, sobald ihm auch nur ein kleiner Anstoß gegeben wird; ja, es ist nicht selten der Täter, der sich erbietet und auf den Anstoß des Anstifters wartet. Die neueren Gesetzbücher haben daher Anstifter und Täter einander grundsätzlich gleichgestellt, was natürlich nicht ausschließt, daß im einzelnen Fall die Abschätzung der Strafe für beide eine sehr verschiedene sein kann.

7. Bemessung und Arten der Strafe. — § 187.

I. Bemessung. 1. Verschiedenartigkeit der Gesichtspunkte. 2. Empfindungsart. II. Arten der Strafe.

I. 1. Welche Handlungen der Strafe unterliegen, richtet sich nach der Kulturstellung des Volkes und seinen Kulturbedürfnissen. Was dem einen Volke leicht und unwichtig ist, das ist dem andern schwer und bedeutungsvoll. Insbesondere kommt in Betracht:

a) Ein Volk, das stark am Vermögen haftet, wird die Vermögensvergehungen, namentlich den Diebstahl, sehr streng bestrafen, ein anderes, dem der Vermögenserwerb wenig im Blute steckt, bedeutend milder, oder es wird sich gar mit der Rückgabe der Sache begnügen.

b) Ein Volk, das gewisse Begleiterscheinungen der Tat besonders verabscheut, wird die Tat mit diesen Begleiterscheinungen viel strenger behandeln als die Tat ohne solche; so bestraft das deutsche Recht die Heimlichkeitsdelikte schwerer als die offenen Vergehungen.

c) Mitunter machen die Gesetzgeber Versuche und wollen durch besonders strenge Strafen für einzelne Verbrechen eine Besserung der Zustände herbeiführen: man denke z. B. an die Gesetze Peters des Großen; ein dichterisches Beispiel gibt Shakespeare in Maß für Maß. Diese Versuche haben aber nur dann, wenn sie dem Volksbewußtsein entsprechen, Aussicht auf Erfolg.

2. Auch das Verhältnis zwischen Leiden und Verschulden ist nicht ein für allemal gegeben, sondern es richtet sich nach der Empfindungsart des Einzelnen und nach der gesellschaftlichen Gefühlsweise, welche die Schuld und die der Schuld entsprechende Sühne abwägt.

II. Die irrige Annahme, daß die Todesstrafe in allen Fällen ungerecht sei, ist längst geschwunden; im übrigen ist die Art der Strafe (Freiheitsstrafe, Deportation) Sache der Kriminalistik und kann hier nicht weiter erörtert werden.

II. Strafprozeß[234]*).* — § 188.

I. Ursprünglich zivilprozessuale Form. II. Popularklage. III. Untersuchungsverfahren. 1. Grundgedanken. 2. Entartung. Folter. IV. Moderne Umgestaltung. Kriminalistik. Laienelement. V. Staatsanwalt.

I. Der Strafprozeß behält lange Zeit die zivilprozessuale Form an sich; um so mehr, als das spätere Strafrecht an Stelle der Blutrache getreten ist und die Blutrache noch von dem Rechte des einzelnen Verletzten ausging.

II. Allerdings konnte, sobald der Gedanke der verletzten Menschengesellschaft auftauchte, ein Verfahren, bei dem bloß der besonders Verletzte zur Geltung kam, nicht genügen: nicht selten war ein Strafbedürfnis sehr lebhaft, während ein Angehöriger des Erschlagenen nicht vorhanden war oder nicht auftreten mochte. Hier entwickelte sich allmählich der Grundsatz, daß überall, wo die ganze Gesellschaft als beteiligt erschien, ein jeder aus dem Volke zur Erhebung der Klage berechtigt sei: die Klage wurde zur Popularklage, ein System, das neben manchen Vorteilen auch schwere Nachteile an sich trug, namentlich, weil nicht immer die richtigen Personen als Ankläger auftraten, wodurch das Gerechtigkeitsinstitut der Anklage dem Sykophantentum verfiel.

III. Es ist daher begreiflich, daß sich noch ein zweites Verfahren bildete, welches neben dem mehr demokratischen Prinzip der Popularklage als ein einseitig monarchisches betrachtet werden kann — das Untersuchungsverfahren.

1. Dieses ging von dem Gedanken aus, daß das öffentliche Gerüfte, die Fama, ganz wie ein Ankläger behandelt werden müsse, so daß es in solchem Fall eines Anklägers nicht bedürfe: der innere Grund aber bestand darin, daß der Häuptling oder der König sich selber als Vertreter des öffentlichen Interesses darstellte und sich als befugt erklärte, überall aufzutreten, wo er annahm, daß eine Verletzung der staatlichen Interessen vorliege. Wenn man hier ein Verfahren ohne Kläger konstruierte, so mußte man überhaupt den Parteiprozeß aufgeben und den Rechtsgang danach gestalten, daß überhaupt der Staat, d. h. der Richter, von sich aus alles vorkehrt, was er für nötig hält, um zu einem zutreffenden Ergebnisse zu gelangen. So ist es begreiflich, daß der Untersuchungsprozeß sich in ganz verschiedenen Gegenden der Erde entwickelt hat, da er ein notwendiges Ergebnis der Kulturbedürfnisse und der damit zusammenhängenden geschichtlichen Vorgänge ist.

2. Der Untersuchungsprozeß kann gut und schlecht gestaltet sein, er kann auch sehr entarten. Er entartete namentlich im ger-

[234]) Vgl. „Probleme des Strafprozesses" in Moderne Rechtsprobleme, 2. Aufl., S. 54 ff.

manischen Mittelalter unter dem Einfluß des Systems der Folter (§ 162) und unter der Einwirkung des Gedankens, daß der forschende Richter gegenüber dem Angeschuldigten jegliches Hilfsmittel zur Feststellung der Wahrheit benutzen dürfe. Man verneinte vollkommen die Persönlichkeit des Angeklagten und behandelte ihn wie eine rechtlose Sache, die man für die staatlichen Zwecke nach Belieben verwenden dürfe. Die Theorie der Menschenrechte (§ 143) war noch nicht gefunden und das Gefühl des Rechts noch nicht so lebhaft entwickelt, daß man die ungeheure Einbuße, welche die Gesamtheit der Staatsangehörigen durch solche bedrückende Mittel erfuhr, und die außerordentliche Untergrabung der persönlichen Würde hätte erkennen können.

IV. Die Aufhebung dieses Systems und die wesentliche Umgestaltung des Untersuchungsverfahrens war eine Aufgabe der Neuzeit, ebenso wie die Aufhebung der Folter und die Feststellung des Grundsatzes, daß niemand gehalten sei, sich selbst zu beschuldigen und gegen sich selbst Zeugnis abzugeben. Im Gegensatz hierzu mußte der Staat dafür sorgen, durch nachdrückliche Aufspürung der Verbrechen der Sache stets auf den Grund zu kommen und sich die nötigen Beweise zu verschaffen. Mit dem Gedanken, daß die Persönlichkeit insofern unangetastet bleiben müsse, als sie nicht gegen sich zu zeugen brauche, mußte eine Vervollkommnung der objektiven Mittel der Untersuchung und Nachforschung Hand in Hand gehen. Damit entwickelte sich neben dem Strafprozeß die Kriminalistik und die kriminologische Technik, und sie gedieh zu immer größerer Vollendung. Das ist der Stand, auf dem wir jetzt stehen. Hierzu kommt die Beiziehung des Laienelementes, welche auf einem allgemeinen Grundgedanken beruht, der in § 163 näher entwickelt worden ist.

V. Als Gehilfe des Richters kann ein zur Ausforschung der Vergehungen und zur Geltendmachung der staatlichen Interessen bestimmtes, die Richtertätigkeit förderndes Organ (Staatsanwalt) tätig sein.

Zweiter Abschnitt

Menschheitsrecht

I. Völkerrecht [235])

1. Einleitung. — § 189.

I. Vorteile der Zerteilung in Staaten und ausgedehnte Volksgemeinschaften. II. Souveränität und Vereinzelung der Staaten.

I. 1. Die Zerteilung der Menschheit in Staaten ist un-

---

[235]) Vgl. „Grundlagen des Völkerrechts. Vergangenheit, Gegenwart, Zukunft" (1918).

entbehrlich; sie hat den großen Vorteil, daß die Staatsgenossen vollkommen ihre Eigenschaften und Talente entwickeln können und nicht durch die widerstreitenden Auffassungen und Bestrebungen anderer, einer fremden Lebensanschauung dienenden, Menschheitsgenossen gekreuzt werden.

Eine derartige nationale Bildung ist von besonderem Werte, weil nur auf diese Weise eine einheitlich begabte Volksgruppe sich vollkommen ausleben und ihr eigenes Selbst in reichem Maße entfalten kann (§ 126). Allerdings trägt jede Völkerschicht ihre Einseitigkeit in sich: sie wird auf einem bestimmten Stand der Bildung stehen bleiben, wenn nicht Anreize von außen kommen, und fremde Bilder und Gedanken auf sie einwirken, so daß ein ständiger Wechsel zwischen eigenständiger Entwickelung und zwischen Aneignung und Anpassung fremder Geisteskraft stattfindet. Auf diese Weise haben Völker ersten Ranges sich in recht kleinen Staatswesen entwickelt, aber in der Art, daß eine lebhafte Wechselwirkung erfolgte; das auffälligste Beispiel bilden die Griechen des Altertums (§ 18).

2. Wesentlich ist aber, daß gewisse große Zwecke nur in einer ausgedehnteren Volksgemeinschaft erreicht werden können, namentlich große Zwecke der Bodenkultur; aber auch Industriezwecke, Fürsorgezwecke, auch Zwecke der Bildung verlangen, daß ein reichliches Gebiet den Bestrebungen offen stehe, und große Mittel vorhanden sind, um der Schwierigkeiten Herr zu werden.

II. 1. Der Staat als die Verwirklichung der sittlichen Idee hat, wie oben (§ 127) entwickelt, Souveränität, d. h. eine über den Einzelnen stehende unbedingte Autorität, lediglich beschränkt durch die staatliche Zweckbestimmung und die Aufgabe der Kultur; die Frage aber, ob eine solche Beschränkung im Einzelfalle zutrifft, ist ihm allein überlassen, und nur seine Gesetzgebungsorgane haben zu erwägen, wie weit die Gesetzgebung zu reichen hat, um den Kulturansprüchen Folge leisten zu können (§ 128).

2. Auf solche Weise steht Staat dem Staate gegenüber, jeder für sich, aber jeder für gewisse Kulturzwecke auf den andern angewiesen. Diese Gegenüberstellung würde an sich zur Staatenanarchie führen; denn von Staat zu Staat gäbe es nach dem Grundsatz unbedingter Souveränität kein Recht: die Rechtsquelle ist der Staat, und zwar jeder Staat für sich.

2. Entstehung des Völkerrechts als überstaatlichen Rechts. — § 190.

I. Idee des Gottesrechts. II. Anfänge im Altertum. Hemmung durch die Weltreichidee. III. Wiedererstehung nach Zertrümmerung des Kaisergedankens.

I. Eine Staatenanarchie wäre unerträglich und könnte mit den großen Kulturaufgaben der Menschheit nicht bestehen. Schon das Altertum, schon das Morgenland, nahm darum an, daß es über dem staatlichen Rechte ein höheres Recht gäbe, und dieses war das allgemeine Gottesrecht. Indem die Staaten ihre Götter ver-

ehrten, betrachteten sie die Götter als Träger des Rechts und als Schirmer der abgeschlossenen Verträge; und wie man das Gottesrecht zur Bestätigung des Privatvertrags heranzog, so auch zur Bestätigung der Verträge zwischen den Völkern; insbesondere als man annahm, daß das Gottesrecht der verschiedenen Religionen gewisse Gesichtspunkte gemeinsam habe, und daß namentlich in der ganzen Menschenwelt der Grundsatz gelte, daß die treue Vertragserfüllung eine Pflicht sei, über welche der Himmel wache. Aber auch in anderer Beziehung glaubte man durch Gottesrecht beschränkt zu sein, so in der Art der Kriegserklärung und anderem.

II. Auf solche Weise ist es begreiflich, daß wir Rechtssätze eines über den Völkern stehenden Rechts bereits im Altertum finden. So kennen wir schon in der babylonischen, ägyptischen Zeit, wir kennen in Ostasien (vor allem in China) und bei den Griechen teils Friedensverträge, teils auch Justizverträge; und auch bei den Römern wäre das Völkerrecht mehr entwickelt worden, hätte nicht die Alleinherrschaft des römischen Reiches wiederum den ganzen Völkerrechtsbegriff ins Schwanken gebracht. Der römische Begriff des Weltreichs pflanzte sich im deutschen Kaiserreich des Mittelalters als großem christlichen Weltreich fort (§ 136).

III. Mit der Zertrümmerung des Kaisergedankens mußte darum das Völkerrecht wieder erstehen. Es war die notwendige Ergänzung, sobald die Träume des Weltreichs zerstoben: jetzt war nicht mehr ein Kaiser als Weltkaiser an der Spitze, dem die Einzelstaaten unterworfen waren, der über sie richtete und ihre Streitigkeiten entschied. Vielmehr hat sich aus der Zertrümmerung des alten Kaisertums die unabhängige Landesherrlichkeit mit vollständiger Souveränität entwickelt, und so stehen die Völker einander gegenüber als Einzelne, jedes mit seinen selbständigen Rechten, jedes als Rechte schaffender Staat. Daher mußte der Gedanke zutage treten, daß, wenn auch der Staat die letzte Instanz bildet und über den Völkern kein Weltstaat steht, wenn auch das heilige Recht wegen der Verschiedenheit der religiösen Überzeugung nicht mehr die Welt einheitlich binden kann, doch ein überstaatliches Recht herrsche, welches die Beziehung der Völker zueinander regle: auch die Staaten sollten nicht in gegenseitiger Anarchie leben, sondern nach bestimmten Rechtsgrundsätzen sich gegeneinander verhalten.

3. Das überstaatliche Recht als modernes Naturrecht. — § 191.

I. Bedeutung des modernen Naturrechts für das Völkerrecht.
II. Höherer Standpunkt als der altnaturrechtliche des Hugo Grotius.

I. Die Bildung eines die Völker beherrschenden Überrechts kann nicht auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgen; auch

die Bildung durch Staatsverträge (§ 192) hat sich als trügerisch erwiesen; denn Staatsverträge sind häufig Machtverträge, welche die Macht, die sie schloß, wieder zu lösen droht. Das Überrecht kann nur ein Naturrecht sein, allerdings ein Naturrecht in dem obigen Sinne eines der Zeitkultur angemessenen Kulturrechts, welches aus dem Wesen und den Zielen der Kultur abzuleiten ist (§ 26). Das Völkerrecht berührt, wenn es sich nicht etwa um kleinliche Etikettenfragen handelt, die wichtigsten und tiefsten Seiten menschlicher Kultur, und seine Fragen lassen fast durchweg eine Lösung durch das Naturrecht zu.

Die bisherige Gewohnheit kann natürlich einen Anhalt geben; sie kann den Sätzen des Naturrechts zu einer größeren Genauigkeit verhelfen, und durch die gegenseitige Übung können bestimmte Formen geschaffen werden, in denen sich das Naturrecht verwirklicht; insofern können auch Verträge der Völker als Ausflüsse gewohnheitsrechtlicher Gedanken erscheinen.

II. Wir kommen so auf eine ähnliche, allerdings viel höhere Grundlage, wie der Vater des Völkerrechts, Hugo Grotius. Wenn dieser im Jus belli ac pacis, Prolegomena 17, den Satz aussprach:

sicut cujusque civitatis jura utilitatem suae civitatis respiciunt, ita inter civitates, aut omnes, aut plerasque, ex consensu jura quaedam nasci potuerunt et nata apparent, quae utilitatem respicerent non coetuum singulorum, sed magnae illius universitatis. Et hoc jus est, quod gentium dicitur, quoties id nomen a jure naturali distinguimus . . .

so wollte er nicht den consensus als das Rechtsschöpferische bezeichnen, sondern nur als die Art und Weise, wie sich das Naturrecht kundgibt. Sein Naturrecht aber war das Naturrecht alter Zeit (§ 24); unser Naturrecht aber ist das aus dem Wandel soziologischer Zustände hervorgehende Kulturrecht.

4. Zwangsnatur und Mittel des Völkerrechts. — § 192.

I. Zwangsnatur des Völkerrechts. II. Areopag und Schiedsgerichte. III. Bedeutung rechtlicher Ordnung. Einrichtungen völkerrechtlicher Verwaltung. IV. Staatsverträge.

I. Die Frage über die Zwangsnatur des Rechts (§ 5) wurde insbesondere beim Völkerrecht aufgeworfen, dem vielfach die Rechtsnatur aberkannt wird, weil es an der zwangsmäßigen Durchführung der Ordnung fehle; allein wenn auch hier der direkte Zwang ausgeschlossen ist, so besteht doch eine Reihe von Einrichtungen, um die Einhaltung der Regel mehr oder minder zu verbürgen. Eine absolute Durchführung der Rechtsgrundsätze in allen einzelnen Fällen ist auch auf anderen Rechtsgebieten nicht möglich: die Rechtsordnung muß sich, wie alles Menschliche, mit einem bestimmten Maß des Erreichbaren begnügen.

II. Die vom Völkerrecht geschaffenen Rechtsverhältnisse unter den Völkern können mehr oder minder innig sein; sie können sich aber auch möglicherweise darauf beschränken, einzelne Punkte des Völkerverkehrs zu regeln. Sobald aber Uneinigkeiten entstehen, macht ihre Erledigung gewaltige Schwierigkeiten. Der Gedanke, hier eine Art Areopag der Völker oder doch ein Schiedsgericht aufzustellen, welches diese Zwistigkeiten begleicht, zeugt schon von einer sehr starken völkerrechtlichen Annäherung; auf solche Weise ist bereits vieles ausgetragen und mancher schwer bedrängliche Streit vermieden worden. Doch darf dieses Mittel nicht überschätzt werden; denn es sind nicht immer rechtliche Uneinigkeiten, die zum Streite führen, sondern häufig auch kulturgeschichtliche Unstimmigkeiten, welche es verhindern, daß das eine Volk die Stellung einnimmt, die ihm nach seiner Begabung und seinem Range in der Reihe der Völker zukommen sollte. Wie bereits anderwärts hervorgehoben[236]), ist dies das wichtigste Hindernis für den allgemeinen Weltfrieden, und es kann sich, so lange nicht die letzte Hochburg des Krieges zerstört worden, als nicht ein Mittel gefunden ist, um auch derartige Unstimmigkeiten in einer angemessenen Weise zu beseitigen, nicht darum handeln, die Kriege aufzuheben, sondern nur, sie seltener zu machen.

Oftmals sind einem Volke wesentliche Kulturbedingungen versagt, oftmals ist ihm besonders die Verbindung mit andern Ländern abgeschnitten, und es glaubt ihrer notwendig zu bedürfen, um sich wirtschaftlich zu entwickeln und die ihm gebührende Rolle im Leben der menschlichen Kultur zu spielen. Nicht selten wird auch die Gewerbetätigkeit eines Volkes durch bedrückende Maßnahmen des andern stark beeinträchtigt, und der andere Staat will sich nicht dazu verstehen, bessere Bedingungen zu gewähren. In diesen Fällen werden die im Gesamtleben enthaltenen Kräfte nach einem Ausbruch streben; und sind sie stark genug, so wird das Volk nötigenfalls mit Gewalt versuchen, das Ziel zu erreichen, welches ihm als die unentbehrliche Voraussetzung seines Heils erscheint. Daß derartige Entwickelungen und Veränderungen stattfinden, ist eine volkliche Notwendigkeit. Die Wirkungskräfte der Menschheit lassen sich nicht auf die Dauer zurückdrängen. Die neuen Bestrebungen werden in den alten Schläuchen gären und nicht rasten, bis sie in der einen oder andern Weise ihre Erfüllung gefunden haben; es müßte denn sein, daß überwiegende Mächte ihnen widerstreben, was dann zu einer scharfen Gegenwirkung führen wird. Aber immerhin wird es sich darum handeln, die Kräfte zu messen und zu sehen, ob die in dem Volk enthaltenen Fähigkeiten genügen, um der Hindernisse Herr zu werden.

III. Trotzdem aber ist es eine gewaltige Idee, daß innerhalb bestimmter Gebiete unter den Völkern eine rechtliche Ordnung herrscht; vielfach sind darum große Einrichtungen völkerrechtlicher Verwaltung geschaffen worden, um

---

[236]) Moderne Rechtsprobleme, 2. Aufl., S. 104.

gemeinsamen Kulturinteressen zu dienen. Dies muß um so mehr gelten, als unser Verkehr dahin abzielt, die staatlichen Schranken zu überschreiten, und der Handel sich über die ganze Erde verpflanzt, ohne daß die Staatsgrenzen eingehalten werden. Gerade durch den Austausch der Waren, durch den Aufenthalt von Personen im Ausland, durch die ständige Gedankenmitteilung und Alles, was dem Verkehre dient, wird ein mächtiger Austausch auch der Ideen bewirkt; die Bräuche des einen Landes werden dem anderen bekannt und können von ihm in den Grundstock seiner Gewohnheiten aufgenommen werden.

Da bedarf es einer die zwischenstaatlichen Verhältnisse gestaltenden überstaatlichen Ordnung. Dies hat auch der Vater des Völkerrechts Hugo Grotius ausgesprochen (de jure belli ac pacis, Proleg. 22): Nulla est tam valida civitas, quae non aliquando aliorum extra se ope indigere possit, vel ad commercia, vel etiam ad arcendas multarum externarum gentium junctas in se vires; unde etiam a potentissimis populis et regibus federa appeti videmus, quorum vis omnis tollitur ab his, qui jus intra civitatis fines concludunt. Verissimum illud, omnia incerta esse, simul a jure recessum est.

IV. Staatsverträge schaffen subjektive Rechte unter den Völkern; denn auch das Völkerrecht gestattet es, in bestimmten Kreisen durch willkürliche Rechtssatzung den Rechtszustand zu regeln. Daß in Fällen dringender Not ein Volk vom Vertrag zurücktreten darf, wenn es sonst seine Lebensinteressen aufopfern müßte, ist allerdings richtig; allein ein solcher Vorbehalt ist bei allen Verträgen des Völkerrechts zu unterstellen, da kein Volk berechtigt ist, auf seine Lebensbedingungen zu verzichten. Es ist derselbe Satz, wie der Satz des Privatrechts, daß keine Person in der Lage ist, ihre Persönlichkeit zu opfern.

5. Kriegsrecht. — **§ 193.**

I. Der Krieg als Selbsthilfemittel innerhalb des Völkerrechts. II. Er richtet sich nur gegen den Staat, ist innerhalb der völkerrechtlichen Schranken rechtmäßig. III. Folgen einer Änderung der Völkerlage.

I. Das zwischenstaatliche Recht ist, wie bemerkt, nicht so weit gediehen, daß das Prinzip der Selbsthilfe zu entbehren wäre. Selbsthilfemittel gibt es mehrfach; ein Mittel der Selbsthilfe ist die Eröffnung des Krieges, ein Verhältnis der Selbsthilfe ist das Kriegsverhältnis, darin bestehend, daß zwei Staaten es unternehmen, der eine den anderen, durch Gewaltmittel zu schwächen, damit auf solche Weise Ansprüche durchgesetzt und Zugeständnisse erzwungen werden. Der Krieg war früher ein Verhältnis außerhalb des Rechts; im Kriege glaubte man, sich alles erlauben zu dürfen und über alles Recht erhaben zu sein. Diesen Stand haben wir aufgegeben. Auch der Krieg ist zwar ein Selbsthilfemittel, aber ein solches, das innerhalb des Völker-

rechts liegt und nur unter Beobachtung völkerrechtlicher Grundsätze angewendet werden darf. Diese Grundsätze haben sich mehr und mehr geläutert, und man spricht von einer Humanisierung der Kriege, die darin besteht, daß nur solche Leiden geschaffen werden, die den Zwecken des Krieges dienen, und daß unnötige Qualen und Bedrängnisse unterbleiben: der Krieg soll ein Zweckkrieg, kein Leidenschaftskrieg, sein.

II. Ein Hauptgedanke, den namentlich Rousseau in die Welt gesetzt hat, ist, daß der Krieg nur gegen den Staat, nicht aber gegen die Bevölkerung, geführt wird: gegen den Staat und gegen die Organe des Staates, zu welchen Organen vor allem die „Kombattanten" gehören. Ein weiterer Gedanke ist, daß jede Kriegsbetätigung, welche sich innerhalb der völkerrechtlichen Schranken hält, rechtmäßig ist, weshalb weder der Staat noch die Kombattanten dafür verantwortlich gemacht werden dürfen. Man darf darum den Kriegsgefangenen kein Leid zufügen und hat sie nur so weit zu hüten, als es nötig ist, um sie dem Feinde zu entziehen und den Feind dadurch an Menschenmaterial zu schwächen.

Es hat lange Zeit gedauert, bis solche Sätze sich einbürgerten; denn sie beruhen auf begrifflichen Unterschieden, welche den Völkern ursprünglich nicht geläufig waren. Sie standen auch im Widerspruch zu der zwischenvolklichen Leidenschaftlichkeit, welche die Feindschaft gegen den Staat immer sofort auch auf die Staatsangehörigen übertrug. Von einer Kriegführung, welche ganze Bevölkerungskreise zu Sklaven machte, ihnen Hab und Gut entzog, welche raubte und plünderte, bis zur heutigen Kriegführung ist ein großer Schritt. Das heutige Prinzip aber ist eine gewaltige Besserung, auf dem Gedanken beruhend, daß auch im Kriege die Kulturergebnisse möglichst geschont, und daß das persönliche Glück der Völker nicht schwerer angetastet werden soll, als die Zwecke des Krieges erfordern.

III. Im Völkerrecht gilt mehr als sonst der große Grundsatz, daß, was besteht, vernünftig ist. Dies will nicht etwa heißen, daß, was besteht, vollkommen und nicht veränderungsbedürftig wäre, wohl aber, daß das Bestehende im Staats- und Völkerleben täglich eine Unmasse von Kulturzwecken erfüllt (§ 151); daher muß das Bestehende, auch wenn es unvollkommen ist, doch als eine vernünftige Einrichtung anerkannt werden, denn bei seinem Nichtvorhandensein könnten die Verhältnisse unerträglich werden, so daß in ungeordneten Zuständen alle Kulturerrungenschaften zugrunde gingen. Wenn daher der Krieg eine Änderung der Völkerlage herbeiführt, so besteht diese zu Recht; es ist eine unbedingte Notwendigkeit, die Errungenschaften völkerrechtlichen Kampfes anzuerkennen. Wollte man dies nicht, so hätte man gar keinen Halt und keine Ordnung und Regel: man könnte an Stelle des Vorhandenen nichts anderes setzen, was die Kulturaufgabe erfüllte, und wäre so in die traurigen Zustände der Anarchie und Staatenlosigkeit hineingeworfen.

II. Staatenbunds- und Bundesstaatsrecht. – § 194.

I. Staatenbund und Realunion. II. Bundesstaat. 1. Wesen, 2. Beispiele. 3. Hinstreben zum Gesamtstaat. 4. Völkerrechtliche und staatsrechtliche Elemente. III. Das unerfüllbare Ideal eines Weltreichs.

I. Der Gedanke des überstaatlichen Rechts, das über der Souveränität der Staaten steht (§ 190), mußte den Völkern um so mehr zu Gemüte gehen, als zwei Bildungen entstanden, welche ihnen diese Vorstellung aufdrängen mußten. Auf der einen Seite das Gebilde des Staatenbundes: die Vereinbarung zwischen den Staaten hatte mitunter eine solche Innigkeit angenommen, daß die Staaten sich förmlich vergesellschafteten und eine Menge von Bestrebungen in ihre gemeinsame Obhut nahmen; diese Verbindung wurde gesteigert durch die Einrichtung der Realunion, indem die beiden Staaten sich unter denselben Monarchen stellten.

II. 1. Noch viel dringender mußte die Sache sich gestalten, als der Gedanke des Bundesstaates erwuchs, d. h. desjenigen Staatswesens, welches aus einer Mehrheit von Staaten gebildet ist, die sich zu einem Einheitsstaate zusammenschließen, so daß die Mitglieder der Einzelstaaten zu gleicher Zeit auch Mitglieder des Gesamtstaates werden. Dies hat allerdings die notwendige Folge, daß die Einzelstaaten etwas von ihrer Souveränität aufgeben und sich in ihrer staatlichen Autorität zugunsten des Gesamtstaates beschränken.

Der Bundesstaat ist geeignet, auf der einen Seite dem Ganzen Kraft und Fülle zu verleihen und es zu ermöglichen, daß große Einrichtungen getroffen werden, daß insbesondere der Verkehr nach dem Ausland nachhaltigen Schutz findet, und daß der Einzelne im Völkerleben nach außen hin eine achtungswerte Stellung einnimmt. Auf der andern Seite ermöglichen es die in ihm enthaltenen Einzelstaaten, daß die besonderen Beziehungen gepflegt werden, welche der Eigenart einer jeden Bevölkerung angemessen sind, so daß diese sich in ihrem Sein und Wesen ausleben kann: die Verbindung von einheitlicher Kraft und von Wahrung der Eigenart der verschiedenen Bevölkerungskreise, welche im Einheitsstaat zwar möglich, aber doch vielfach beschränkt ist, wird hier im Bundesstaate zur Wirklichkeit. Diese Gestaltungsidee gibt auch die Möglichkeit, daß Staaten, welche sich niemals zum Einheitsstaate zusammenschließen würden, sich doch in der Weise verbinden, daß sie einen Bundesstaat bilden und diesem einen Teil ihrer Rechte abtreten: auf solche Weise ist der Bundesstaatsgedanke außerordentlich einheitsschaffend und damit auch kulturfördernd [237]).

2. Schon das Altertum gab Beispiele von Bundesstaaten (§ 135); fruchtbar ist aber der Begriff hauptsächlich geworden durch das Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika, deren Verfassung den meisten späteren Bundesstaatsverfassungen zugrunde liegt. Andere Staaten sind nachgefolgt, südamerikanische Staaten, die Schweiz, dann, in eigener Art, das Deutsche Reich.

---

[237]) Moderne Rechtsprobleme, 2. Aufl., S. 85 f.

3. Der Bundesstaat hat also die Bestrebung, die verschiedenen Staaten zu einem Gesamtstaate zu verbinden in der Art, daß die Staatsangehörigen eines jeden Einzelstaates auch Staatsangehörige des Gesamtstaates sind und doch wiederum den einzelnen Sonderstaaten angehören.

Dies ist um so bedeutsamer, als der Bundesstaat eine ganze Reihe von Möglichkeiten bietet, sich bald mehr nach der vereinheitlichenden Seite hin, bald mehr nach der Seite der Besonderungen, zu entwickeln; denn die Zuständigkeiten des Bundesstaates gegenüber den einzelnen Staaten können sehr verschieden sein. So ist die Entwickelung möglich, daß die Zahl solcher Zuständigkeiten sich erweitert und die Gesamtheit immer mehr nach der vereinheitlichenden Seite hin zustrebt; es kann aber auch geschehen, daß umgekehrt die Gemeinsamkeiten abnehmen und die Besonderungen zunehmen.

4. Der Bundesstaat ist in gewissem Sinne eine Auflösung des Völkerrechts zum Staatsrecht; denn das Verhältnis zwischen dem Gesamtstaat und seinen Einzelstaaten ist nicht mehr ein völkerrechtliches, sondern ein staatsrechtliches, da die Einzelstaaten dem Gesamtstaat gegenüber keine der Souveränität entsprechende Rechtstellung haben, sondern dem Gesamtstaat ebenso unterstehen, wie die einzelnen Staatsmitglieder; nur das Verhältnis der Einzelstaaten unter sich kann noch ein völkerrechtliches sein, soweit nicht der Gesamtstaat diese Verhältnisse unter seine Obhut genommen und bestimmt hat, daß sie durch den Gesamtstaat geregelt werden. Aber immerhin erinnert der Bundesstaat insofern an das Völkerrecht, als hier ein überstaatliches Recht besteht; denn die Einzelstaaten sind Staaten, und sie sind doch dem Recht des Gesamtstaates unterworfen. Dieses überstaatliche Recht aber ist hier selbst wieder ein staatliches: es ist das Recht des Gesamtstaates, nicht ein Recht ohne Staat, nicht ein Recht, das in einer außerstaatlichen Ordnung wurzelt.

III. Das Ideal der Kulturentwickelung wäre es, wenn alle Staaten sich zu einem großen Ganzen vereinigten und einander in der Kulturbildung behilflich wären, so daß eine Brüderlichkeit unter Völkern herrschte und jedes das andere förderte, um in der technischen, wissenschaftlichen und künstlerischen Ausbildung das Höchste zu erreichen. Dies würde eine Art von Weltreich voraussetzen, eine große Familie, bei welcher die einzelnen Nationen, so wie Familienmitglieder, einander gegenüberständen: eine Familie mit gemeinschaftlicher Organisation und einheitlicher Leitung. So ist es mehrfach versucht worden: mehrfach schon haben Völker und Völkerfürsten sich die Aufgabe gesetzt, ein Weltreich zu schaffen. Der bedeutendste Versuch ist das große christliche Weltreich im Mittelalter; ihm war das gewaltige römische Weltreich vorhergegangen. Diese Träume sind verflogen, eine Analogie des römischen Weltreichs besteht nicht mehr, und die Verbindung der Völker zu einem großen christlichen Weltstaate ist längst dahin (§§ 126, 136, 190).

Anhang.

Übersicht über Philosophen und Rechtsphilosophen.

A. Ältere Philosophie.

I. Vor Plato.

Bâdarâyana
Sutras des Vedanta mit Kommentar des Cankara
Laotse, Tao te King
Parmenides (5. Jahrhundert)
Zeno, der Eleate (um 500 v. Chr.)
Empedokles (um 5. Jahrh. v. Chr.)
Heraklit (um 500 v. Chr.)
Zeno, der Stoiker (336—264 v. Chr.)

II. Plato und Aristoteles.

Plato (427—347 v. Chr.)
Dialoge
Staat
Gesetze
Aristoteles (384—322 v. Chr.)
Nikomachische Ethik
Politik
Metaphysik

III. Araber.

Mawerdi († 1058)
Avicenna (= Ibn Sina) (980—1037)
Al-Ghazzâli (1059—1110)
Averroës (= Ibn Roschd) (1126-1198)

IV. Scholastiker.

1. Frühscholastiker

Anselm von Canterbury (1033-1109)
cur deus homo?
Roscellinus aus Compiègne (11. Jahrhundert)
Johann von Salisbury (12. Jahrh.)
Polycraticus
Alexander von Hales († 1245)
Summa universae theologiae

2. Blüte der Scholastik

Manegold von Lautenbach (11. Jahrh.)
Albertus Magnus (1193—1280)
Thomas von Aquin (1225—1274)
Summa contra gentiles
Summa theologica
De regimine principum (?)
Duns Scotus (1265?—1308)
Tractatus de rerum principio
Quaestiones in metaphysicam
Quaestiones super libros IV magistri sententiarum (auch Scriptum Oxoniense)
Quaestiones quodlibetales
Aegidius Colonna
Johann von Osnabrück
Engelbert von Admont
Dante Alighieri (1265—1321)
Monarchia
Marsilius von Padua
Defensor pacis (1324)
Lupold von Bebenburg, Tractatus de jure regni et imperii (1340)
Nicolaus Cusanus (1401—1464)
de concordantia catholica
Dubois (13., 14. Jahrh.)
Occam († 1347)
Aeneas Sylvius (1405—1464, von 1458—1464 als Papst Pius II.)
Libellus de ortu et auctoritate imperii

3. Spanische Naturrechtslehrer

Covarruvias (1512—1577)
Relectiones

Variae resolutiones
Practicae quaestiones
Molina (1535—1600)
de justicia et jure
Suarez (1548—1617)
Tractatus de legibus

B. Neuere Philosophie.

I. Anfänge.

Bernardinus Telesius (1508—1588)
Tommaso Campanella (1568—1639)
Civitas solis
Baco von Verulam (1561—1626)
Novum organon scientiarum
Descartes (1596—1650)
Principia philosophiae
Meditationes de prima philosophia
Locke (1632—1704)
Essay concerning human understanding
Two treatises of government
Spinoza (1632—1677)
Tractatus politicus
Tractatus theologico politicus
Berkeley (1684—1753)
Treatise on the principles of human knowledge (1710)
David Hume (1711—1770)
Enquiry concerning human understanding (1748)
Enquiry concerning the principles of morals (1751)

II. Staatslehrer des Naturrechts.

Coluccio Salutati (um 1400)
Tractatus de tyranno
Macchiavelli (1469—1527)
Principe
Discorsi
Historie
Arte della guerra
Johann Oldendorp (1480—1576)
Bodinus (1530—1597)
de republica
Barclaius (1546—1608)
Albericus Gentilis (1551—1611)
de jure belli
Johann Althusius (1557—1638)
Hugo Grotius (1583—1645)
De jure belli et pacis (1625)
Thomas Hobbes (1588—1679)
De cive
Leviathan
Milton (1608—1674)
Tenure of kings and magistrates (1649)
Defensio pro populo (1650)
Eikonoklastes (1650)
Samuel Pufendorf (1632—1694)
De jure naturae et gentium; de officio hominis et civis; Monzambano
Leibniz (1646—1716)
Tomasius (1655—1728)
Wolff (1679—1754)
Jus naturae 8 Bde. (1740—1748)
Jus gentium (1750)
Montesquieu (1689—1755)
Esprit des lois (1748)
Rousseau (1712—1778)
Contrat social

III. Deutsche Philosophie des 18. bis 20. Jahrhunderts.

1. Hauptvertreter.

Kant (1724—1804)
Kritik der reinen Vernunft
Kritik der praktischen Vernunft
Kritik der Urteilskraft
Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre
Fichte (1762—1818)
Grundlagen des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre (1796)
System der Sittenlehre nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre
Der geschlossene Handelsstaat
Die Bestimmung des Menschen
Schelling (1775—1854)
Auswahl seiner zahlreichen Schriften in 3 Bänden, erschienen 1907
Hegel (1770—1831)
Phänomenologie des Geistes (1807)
Philosophie des Rechts (1820)
Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaft (1817, 1827, 1830)
Logik
Schopenhauer (1788—1860)
Vierfache Wurzel des Satzes vom zureichenden Grunde;
Die Welt als Wille und Vorstellung
Parerga und Paralipomena
Nietzsche (1844—1900)
Zarathustra
Jenseits von Gut und Böse
Menschliches, Allzumenschliches

Der Wille zur Macht
Nachgelassene Schriften

Eduard von Hartmann (1842—1906)
Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins
Geschichte der Metaphysik
Grundproblem der Erkenntnistheorie
Grundlegung des transcendentalen Realismus

2. Niedergang der Rechtsphilosophie nach Hegel.

Stahl (1802—1861)
Philosophie des Rechts

Krause (1771—1832)
System der Rechtsphilosophie

Ahrens (1808—1874)
Naturrecht oder Philosophie des Rechts und des Staates

Röder (1806—1879)
Grundzüge des Naturrechts und der Rechtsphilosophie (1860)

3. Hegelianer und Neuhegelianer.

a) Hegelianer.

Adolf Lasson (1832—1917)
System der Rechtsphilosophie (1882)

b) Neuhegelianer.

Josef Kohler (1849—1919) [1])
„Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte“ in Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., 1. Band [2]), Berlin 1915
„Einführung in die Rechtswissenschaft“, 5. Aufl., Leipzig 1919
„Das Recht“ in der Monographiensammlung „Die Gesellschaft“, Frankfurt a. M. 1909
„Moderne Rechtsprobleme“, 2. Auflage in der Sammlung: „Aus Natur und Geisteswelt“, Leipzig 1913
„Recht und Persönlichkeit in der Kultur der Gegenwart“, Stuttgart 1914
„Lehrbuch der Rechtsphilosophie“, Berlin, 1. Aufl. 1909, 2. Aufl. 1917
Zahlreiche Aufsätze im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 1—13, 1907 ff.
Vgl. auch oben Anm. 54

Fritz Berolzheimer (1869—1920)
„System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“, Bd. 1—5, 1904 bis 1907
Aufsätze im Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 1 bis 12, 1907 ff.

IV. Englische Utilitaristen

Bentham (1748—1832)
Principles of legislation
Théorie des peines et des récompenses; Organisation judiciaire

Austin (1790—1859)
Lectures on Jurisprudence

Herbert Spencer (1820—1903)
Principles of sociology
Principles of morality

V. Italiener des 17. bis 20. Jahrhunderts.

Gravina (17. Jahrh.)

Vico (1668—1744)
De antiquissima Italorum sapientia
De uno universi juris principio
Principi di una scienza nuova

Genovesi (1712—1769)

---

[1]) Von mehr universalrechtsgeschichtlichen Werken und Abhandlungen vgl. insbesondere: „Grundbegriffe einer Entwickelungsgeschichte der Menschheit“ in Helmolts Weltgeschichte, 1. Aufl., Bd. 1, Leipzig 1905; „Die Anfänge des Rechts und das Recht der primitiven Völker“ und „Das Recht der orientalischen Völker“ (im Text als „Orientalisches Recht“ bezeichnet) in „Die Kultur der Gegenwart“ Teil II Abt. VII, 1 „Allgemeine Rechtsgeschichte“, Leipzig 1914; „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz“, 2. Aufl., Berlin 1919; zahlreiche Aufsätze in der „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft“, Bd. 3 ff. Vgl. auch Anm. 75 und die Vorrede zur 3. Auflage.

[2]) Darin auch „Bürgerliches Recht“ im 2., „Zivilprozeß und Konkursrecht“ im 3. Band.

Filangieri (1752—1788)
Scienza della Legislazione
Romagnosi (1761—1835)
Introduzione allo studio del diritto publico universale
Natura e fattori dell' incivilimento
Galuppi (1770—1846)
Rosmini (1797—1855)
Nuovo saggio sull' origine delle idee (1830)
Filosofia del diritto (1839)
Gioberti (1801—1852)
Mamiani (1799—1885)

Hegelianer.

Vera, Spaventa, Benedetto Croce

VI. Spanier.

Sanz del Rio
Lecciones sobre el sistema de la filosofia (1868)
Giner de los Rios
Filosofia del derecho (1871)

Nachtrag.

Notizen Josef Kohlers in seinem Handexemplar der zweiten Auflage.

Zu § 23 Abs. I, 1: Augustinus c. 2 dist. 8: ipsa iura humana per imperatores et reges seculi Deus distribuit generi humano.

Zu § 44 Abs. I, 2: Dazu gehört auch eine anonyme Schrift: Code de nature ou le véritable esprit des loiz. De tout tems négligé ou méconnu. Als Erscheinungsort ist angegeben: Par-tout che le vrai sage. MDCCLV p. 1—236.

Zu § 148 Abs. II, 1: Vgl. darüber auch Pritsch Z. f. vgl. R. 25, 402.

Register.

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

A. Namenregister.

(Vergleiche auch Anhang.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

B. Sachregister.

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

T

U

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

(Die Zahlen beziehen sich auf die Paragraphen.)

